

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVI, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2023



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

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 IV
Octubre-diciembre, 2023



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES



MADRID, 2023

Publicación incluida en el Programa editorial del Ministerio de Justicia de 2023 y editada por el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes de acuerdo con la reestructuración ministerial establecida por el Real Decreto 829/2023, de 20 de noviembre.

<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

	<u>Pág.</u>	
Estudios monográficos		
M.ª José SANTOS MORÓN: «La tutela de los derechos de la personalidad ante atentados producidos en redes sociales y servicios equivalentes»	1297	
Roncesvalles BARBER CÁRCAMO: «La situación actual del derecho de filiación en España»	1375	
Esther TORRELLES TORREA: «De la Sagrada familia de Murillo a la <i>Gay Family on dinner</i> de Raphael Pérez: nuevos modelos de familia en el ámbito jurídico»	1421	
Rocío LÓPEZ SAN LUIS: «La comisión de apertura en el contrato de préstamo o crédito hipotecario y su control de abusividad»	1489	
Estudio Jurisprudencial		
Alicia AGÜERO ORTIZ: «Evolución jurisprudencial en materia de usura de las tarjetas de crédito <i>revolving</i> »	1531	
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea		
Por Julia AMMERMAN YEBRA	1609	
Bibliografía		
LIBROS		
A cargo de Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ		
ARAKISTAIN ARRIOLA, Maitena: «La posición sucesoria del supérstite en el derecho inglés, en el sistema del código civil y en el derecho civil vasco», por Cristina de Amunátegui Rodríguez	1657	
LOOSCHELDERS, Dirk (traducción de Esther Gómez Calle): «Derecho de obligaciones. Parte general», por Bruno Rodríguez-Rosado	1662	
PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: «El dolo testamentario», por José Antonio Doral García	1663	
REVISTAS EXTRANJERAS		
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		1667
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional		
SENTENCIAS COMENTADAS		
Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO: «El control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. STC 141/2022, de 14 de noviembre»	1703	
SENTENCIAS (Año 2022)		
Por Rosa M. MÉNDEZ TOMÁS	1767	

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Xabier BASOZABAL ARRUE: «Seguro, invalidez permanente por enfermedad común y momento del siniestro»	1797
José Miguel EMBID IRUJO: «Sobre el modo de organizar la posición de varios inversores desde el derecho de sociedades». Comentario a la STS (Sala de lo civil, Pleno) 994/2022, de 22 de diciembre	1817
Nieves ROJANO MARTÍN: «Inclusión en ficheros de morosos: cuatro sentencias de Pleno de 20 y 21 de diciembre de 2022 con las que el Tribunal Supremo ha sentado doctrina»	1843

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTÍZ, Cristina ARGELICH COMELLES, Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABÁ, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO, María ZABALLOS ZURILLA	1883
---	------

La tutela de los derechos de la personalidad ante atentados producidos en redes sociales y servicios equivalentes¹

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN

Catedrática de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La gran cantidad de información que los usuarios de redes sociales y servicios equivalentes (v. gr. blogs, foros, etc.) vuelcan en internet, unida a la rápida difusión de lo publicado en el entorno digital, ha incrementado la posibilidad de que se lesionen los derechos de la personalidad del individuo. Para tutelar estos derechos el perjudicado puede acudir a distintas normas –como son, entre otras, la Ley Orgánica 1/82 de Protección al honor, la intimidad y la imagen, la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información o la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y el Reglamento UE 2016/679– que ofrecen diversos mecanismos, judiciales y extrajudiciales, que este trabajo pretende analizar y sistematizar. Partiendo de un análisis jurisprudencial dirigido a constatar en qué casos puede cometerse una intromisión ilegítima en los derechos al honor, la intimidad o la imagen de una persona como consecuencia de la publicación de contenidos en internet, se examinan las distintas herramientas que el perjudicado tiene a su disposición para reparar el derecho lesionado con el fin de determinar cuáles ofrecen más garantías o pueden ser, según los casos, de mayor utilidad.

PALABRAS CLAVE

Honor, intimidad, imagen, redes sociales, servicios equivalentes, intromisión ilegítima, responsabilidad, retirada de contenidos, derecho al olvido, derecho de rectificación.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2020-115352GB-I00, financiado por AEI/10.13039/501100011033.

The protection of personality rights in case of infringement through social networks and equivalent services

ABSTRACT

The large amount of information that users of social networks and equivalent services (blogs, forums, etc.) post on the Internet, along with the rapid dissemination of what is published in the digital environment, has increased the possibility of infringement of personality rights. To protect these rights, the injured party can resort to different regulations –such as, among others, Organic Law 1/82 on Protection of Honour, Privacy and Image, Law 34/2002 on Services of the Information Society or Organic Law 3/2018 on Protection of Personal Data and Regulation EU 2016/679– that offer various mechanisms, judicial and extrajudicial, that this work intends to analyse and systematize. Starting from a jurisprudential analysis aimed at verifying in which cases an unlawful interference in the rights to honour, privacy or image of a person can be committed as a consequence of the publication of content on the Internet, the different tools that the injured party has at their disposal to restore the infringed right are examined, in order to determine which of them offer more guarantees or may be, depending on the case, more useful.

KEY WORDS

Honour, privacy, image, social networks, equivalent services, unlawful interference, liability, content removal, right to be forgotten, right of rectification.

SUMARIO: 1. Introducción: La protección contra las intromisiones en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen en el seno de las redes sociales.–2. Intromisiones ilegítimas: criterios de ponderación y supuestos concretos.–2.1 La vulneración del derecho al honor.–2.1.1 La crítica a sujetos privados.–2.1.2 La crítica a personas públicas (o relativa a asuntos de interés general).–2.2 La vulneración del derecho a la intimidad.–2.3 La vulneración del derecho a la propia imagen.–3. Las medidas de tutela del artículo 9 LO 1/1982: Su aplicación en el ámbito de las redes sociales.–3.1 La publicación de la sentencia condenatoria.–3.2 La acción de cesación.–3.3 La acción indemnizatoria.–3.4 Cómputo del plazo de ejercicio de las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas.–4. El ejercicio de acciones de responsabilidad frente al prestador del servicio de alojamiento de datos.–5. El ejercicio del derecho al olvido frente a «servicios de redes sociales y servicios equivalentes» (art. 94 LOPD).–6. El derecho de rectificación en internet (art. 85 LOPD).–7. Recapitulación.–Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN CONTRA LAS INTROMISIONES EN LOS DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN EN EL SENO DE LAS REDES SOCIALES

La generalización del uso de las redes sociales², así como otros «servicios equivalentes» tales como blogs y foros³, para compartir información, imágenes y/o expresar e intercambiar opiniones sobre todo tipo de temas ha incrementado la posibilidad de que se lesionen los derechos al honor, intimidad e imagen de los usuarios de esas redes o de terceros. Y no sólo porque cualquier persona puede tener acceso a tales servicios –en ocasiones sin necesidad de identificarse o pudiendo utilizar una identidad falsa– y difundir contenidos, sino porque el amplio alcance de lo publicado en las redes⁴ incrementa enormemente el impacto de la posible lesión a los mencionados derechos. El objeto de este trabajo es examinar los medios de tutela con que cuenta la persona cuyos derechos han sido lesionados y cuáles, de entre los reconocidos en nuestro Derecho, pueden serle, en función de las circunstancias, de mayor utilidad. Para ello será necesario, no obstante, concretar en primer lugar cuándo pueden entenderse vulnerados estos derechos. Ello obliga a tener en cuenta los límites a la libertad de información y la libertad de expresión, pues es sabido que, cuando entran en conflicto con los mencionados derechos de la personalidad, es necesario llevar a cabo una labor de ponderación a fin de decidir si los posibles dere-

² Sobre el concepto de red social, CANPUZANO TOMÉ, AC, 2011, pp. 1-15; MÉNDEZ TOJO, AC, 2017, núm. 10, p. 4. El GT29 en su Dictamen 5/2009 definió las redes sociales como «plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes», calificándolas además como «servicios de la sociedad de la información». Para MARTÍNEZ CALVO, 2021 (edición digital, RB 3.5), lo más característico de las redes sociales es que se nutren de contenidos creados y compartidos por sus usuarios. Incide también en la posibilidad de interactuar y compartir contenidos CASTILLA BAREA, 2020, p. 447.

³ De «servicios equivalentes» habla el artículo 94 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales, que ha regulado el derecho al olvido en los «servicios de redes sociales y *servicios equivalentes*». Con esta expresión el legislador parece establecer una diferenciación entre las redes sociales propiamente dichas (tipo Facebook, Twitter, Instagram, etc.), que se caracterizan porque los participantes interactúan entre sí en igualdad de condiciones y controlan la información que comparten, y lo que se ha denominado «redes sociales indirectas», como los foros y blogs, que cuentan con usuarios que no suelen disponer de un perfil y existe un individuo o grupo que controla y dirige la información (GRIMALT SERVERA, 2017, pp. 2-3). Considera incluidos los blogs y los foros en el concepto de «servicios equivalentes» PASCUAL HUERTA, 2021 a), pp. 3992-3993. Asimismo, MARTÍNEZ CALVO, 2021, RB 3.5, quien incluye también las plataformas de vídeo y, en general, «cualquier aplicación que permita que los datos relativos a una persona accedan a internet y permanezcan en la red de forma indefinida».

⁴ Como observa CAMPUZANO TOMÉ, AC, 2011, p. 6, una vez publicada cierta información en las redes «se desconoce dónde, cuándo y por quién puede ser vista y utilizada, con qué fines y durante cuánto tiempo».

chos afectados deben ser sacrificados con base en la prevalencia de esas libertades⁵.

Hay que advertir, no obstante, que, en el ámbito de las redes sociales y servicios similares, a tenor de la jurisprudencia examinada (*vid, infra*, ep. 2), lo más usual es que el conflicto se plantee entre la libertad de expresión y el derecho al honor del afectado. Y ello porque, aunque cualquier persona –y no solo los profesionales de la información– pueden ejercer la libertad de información⁶, lo habitual es que la lesión del derecho al honor se produzca como consecuencia de la emisión, por parte de particulares, de opiniones o juicios de valor sobre otras personas que, con mucha frecuencia, son sujetos privados. Es menos frecuente que se produzcan atentados contra la intimidad o, al menos, que se ejerciten acciones en su defensa. Pero en cambio, son comunes los casos de vulneración del derecho a la propia imagen, consecuencia por lo general del empleo y difusión, por parte de terceros, de imágenes que, si bien fueron tomadas inicialmente con el consentimiento de la persona afectada y/o publicadas con su autorización en las redes sociales, se utilizan sin su consentimiento con otros fines.

Pues bien, una vez producida la vulneración de los derechos al honor, la intimidad o la imagen de un sujeto a consecuencia de contenidos difundidos en redes sociales ¿qué instrumentos tiene a su disposición el perjudicado para obtener la reparación del derecho lesionado? Es evidente que podrá acudir a las medidas previstas en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al honor, la

⁵ Sobre el conflicto entre unos y otras en la jurisprudencia constitucional *vid. SEMPÈRE RODRÍGUEZ*, 1997, pp. 398 ss.; 407 ss.; *MATÍA PORTILLA*, 2011, pp. 175 ss.; 182 ss. Como se sabe, para que la libertad de información prevalezca sobre el derecho al honor, es necesario, además de la veracidad de la información difundida, que los hechos sean de relevancia pública, bien por razón de la materia, de las personas o de ambas cosas. En el caso de la libertad de expresión, que no está sujeta al límite interno de la veracidad, es necesario que se cumpla el requisito de la proporcionalidad (que supone que, si bien la libertad de expresión permite «la crítica de la conducta de otro», «no ampara la presencia de frases y expresiones injuriosas, ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito»). Pero hay que advertir que tal requisito ha de ser respetado no sólo cuando se expresan opiniones sino también a la hora de trasladar información sobre hechos (en este sentido, por ejemplo, SSTS de 7 de abril de 2019, RJ 2019/2489, de 1 de julio de 2020, RJ 2020/5136). En caso de conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad lo determinante no es tanto la veracidad de la información como que esa información tenga interés público real. Por lo que respecta al derecho a la imagen, el artículo 8.2 LO 1/1982 recoge algunos supuestos de utilización lícita de la imagen que permiten ponderar cuándo prevalece la libertad de información sobre este derecho. *Vid. DE VERDA BEAMONTE/VIDAL ALONSO*, 2015, a) (edición digital); *DE VERDA, Derecho privado y Constitución*, 2015, pp. 392, 403, 409 ss., 426; *YZQUIERDO TOLSADA*, 2014, pp. 1411 y 1412; *CARRIÓN OLMOS*, 2007, pp. 106 ss.

⁶ La jurisprudencia viene afirmando que son titulares del derecho a la información tanto los profesionales del periodismo como «los miembros de la colectividad». *Vid.*, entre otras, STSS de 10 de junio de 2020 (RJ 2020/2292); de 20 de julio de 2021 (RJ 2021/3664); de 28 de julio de 2022 (RJ 2022/3311). De interés en relación con un informador no profesional la STC 139/2007 de 4 de junio.

intimidad y la imagen, que permite ejercer no sólo acciones indemnizatorias, sino también solicitar otras medidas de tutela como el cese de la intromisión, la prevención de intromisiones ulteriores y, en caso de vulneración del derecho al honor, el «derecho de réplica» (que hay que considerar embebido en el derecho de rectificación⁷ regulado en la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación) y la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria (cfr. art. 9.2). Ocurre sin embargo que, tratándose de lesiones en el derecho al honor, dada la rápida y amplia difusión de contenidos⁸ que conllevan las redes sociales, así como la posibilidad de reenvío masivo de mensajes y contenidos, es lógico pensar que la medida más útil para evitar la expansión del daño es la retirada cuanto antes de las expresiones ofensivas o denigrantes. Lo mismo ocurrirá, previsiblemente, cuando el daño sea consecuencia de la difusión de información de carácter íntimo y también puede que ese sea el caso –aunque quizás no de modo tan evidente– cuando la intromisión afecte a la imagen del sujeto. El problema es que, aunque el artículo 9,2 LO 1/1982 faculta a la víctima a solicitar el «cese inmediato» de la intromisión, lo que habitualmente se conoce como «acción de cesación», por lo general (y salvo que así se haya acordado como medida cautelar⁹, lo que no es usual¹⁰) el perjudicado no podrá conseguir la retirada de los contenidos o imágenes en cuestión sino después de haber obtenido una sentencia de condena¹¹, con la dilación que ello supone. Resulta por ello de interés la consagración, en la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales (en adelante LOPD), *del derecho al olvido* en los servicios de redes sociales y servicios equivalentes (art. 94), instrumento éste que, como se verá, puede ser de utilidad para frenar el impacto lesivo de los contenidos o imágenes que, en su caso, hayan sido difundidos, en tanto

⁷ Así, O'CALLAGHAN, 1991, p. 28; YZQUIERDO TOLSADA, 2014, p. 1444; MARTÍNEZ CALVO, *RDC*, 2020, p. 145. Así se deduce, por otra parte, de la STS de 14 de junio de 2017 (RJ 2017/2842), FJ. 5.

⁸ HERRERA DE LAS HERAS, 2017, p. 49.

⁹ Suele entenderse que los órganos jurisdiccionales pueden adoptar todas las medidas cautelares que consideren necesarias para proteger los derechos reconocidos en el artículo 18 CE y, por lo que aquí respecta, cuando se trata de publicaciones digitales en las que no existe soporte físico y no cabe, por tanto, el denominado «secuestro», tal medida podría ser sustituida por la retirada de los comentarios ofensivos, la información lesiva para la intimidad o la imagen no autorizada. *Vid.* GRIMALT SERVERA, 2020, pp. 329, 339.

¹⁰ YZQUIERDO TOLSADA, 2014, p. 1449. El problema en la práctica es que cualquier medida cautelar en este ámbito puede suponer una limitación de la libertad de expresión e información lo que obliga al Juez a ponderar los derechos en conflicto y asegurarse de que se observa el principio de proporcionalidad. *Vid.* GRIMALT SERVERA, 2020, pp. 332 y 333.

¹¹ Aunque en la actualidad (DA 12 LO 19/2004) no cabe ya la ejecución provisional de los pronunciamientos indemnizatorios derivados de la vulneración de los derechos al honor, intimidad e imagen, esta situación no se extiende al resto de pronunciamientos condenatorios. LÓPEZ ORELLANA, 2007, p. 331.

permite exigir al responsable de la red social o servicio equivalente la eliminación de los «datos personales»¹² en cuestión, con independencia de quién sea el sujeto que los haya publicado¹³. Lo mismo cabe decir del denominado «derecho de rectificación en internet», pues, aunque el derecho de rectificación ya estaba regulado en la LO 2/1984 –y, como observa la doctrina, su puesta en práctica tiene la ventaja de la rapidez¹⁴– la LOPD reconoce expresamente la posibilidad de ejercitarlo frente a los «responsables de redes sociales y servicios equivalentes» (art. 85). Lo dicho no implica, como es lógico, que las medidas previstas en el artículo 9,2 LO 1/1982 (por ejemplo, la publicación de la sentencia condenatoria), carezcan de relevancia, ni excluye que a la víctima le pueda interesar el ejercicio de una acción de responsabilidad.

Por lo que respecta a la acción de responsabilidad, la misma puede dirigirse contra el autor de la información lesiva (si es posible identificarlo, lo que no siempre es factible en el ámbito de internet), pero también contra el proveedor de la red social o responsable del «servicio equivalente». No obstante, respecto de estos últimos debe tenerse en cuenta que para puedan ser condenados a indemnizar es necesario, además de que exista una intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del afectado¹⁵, que no se den

¹² El derecho al olvido es una facultad derivada del derecho a la protección de datos personales y, de hecho, está regulado en el artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento UE 2016/679) como una modalidad del derecho de supresión o cancelación de datos personales. Ahora bien, dada la amplitud del concepto de «dato personal» (que abarca cualquier información –escrita, sonora, gráfica, etc.– relativa a una persona «identificada o identificable», cfr. art. 4 RGPD), la información o las opiniones relativas a una persona (en este sentido STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-454/16) y, asimismo su imagen, encajan en el concepto de dato personal. De ahí que la STC 58/2018, de 4 junio de 2018, aunque en relación con una noticia publicada en una hemeroteca digital, afirmara que, si bien el derecho al olvido «es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática», también es «un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor». Sobre el concepto de dato personal, SANTOS MORÓN, 2020, pp. 24 ss.

¹³ En realidad, la posibilidad de solicitar al proveedor de una red social o al titular de un blog, página web o cualquier otro «servicio equivalente» al de redes sociales la retirada de contenidos lesivos para los derechos de la personalidad del perjudicado ya se deducía de la Directiva 2000/31 y de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, dado que la exclusión de responsabilidad prevista para los proveedores de servicios de alojamiento de datos presupone que, en caso de tener conocimiento de su ilicitud, deben actuar diligentemente para retirarlos o impedir el acceso a ellos. Ahora bien, dado que esta solicitud de retirada exige que la información sea «ilícita» o «lesione bienes o derechos de terceros susceptibles de indemnización», será necesario que el contenido publicado constituya una intromisión ilegítima conforme a la LO 1/1982. El ejercicio del derecho al olvido, sin embargo, deberá atender a los parámetros expresados en el artículo 94 LOPD, cuestión que se analizará con posterioridad.

¹⁴ Así YZQUIERDO, 2014, p. 1444, que observa que puede jugar, en la reparación del daño, un papel más importante que la indemnización.

¹⁵ Adviértase que la posible responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento ha de determinarse conforme a las reglas generales (art. 13 LSSI) lo cual, en el ámbito que nos movemos, significa que, para que exista responsabilidad, debe producirse previamente una intromisión ilegítima en el derecho al honor, la intimidad o la imagen del

las circunstancias que, de acuerdo con el artículo 16 Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información –LSSI– y el artículo 6 Reglamento 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales –en adelante, RSD–¹⁶, permiten exonerar de responsabilidad a los proveedores de servicios de alojamiento¹⁷. Esta exoneración de responsabilidad, adviértase, no afecta a la posibilidad de ejercer acciones de cesación contra los mismos, tal y como se desprende del Cdo. 45 de la Directiva 2000/31 (y de sus arts. 12.3, 13.2 y 14.3)¹⁸ y, por lo que respecta al RSD, del Cdo. 25.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la LO 1/1982 anuda las medidas de tutela previstas en el artículo 9 a la existencia de una «intromisión ilegítima» en los derechos al honor, la intimidad y la imagen. Esto quiere decir que si el comportamiento lesivo no puede calificarse como «intromisión ilegítima» no podrá adoptarse ninguna de esas medidas de protección, y ello puede suponer un problema cuando la lesión del derecho al honor es consecuencia de la imputación de hechos falsos. Aunque es innegable que si se imputa a una persona un hecho falso que menoscaba su fama o atenta contra su propia estimación (cfr. art. 7.7 LO 1/1982) se está afectando negativamente su derecho al honor, la doctrina constitucional sobre el conflicto entre libertad de información y el derecho al honor lleva a negar que exista intromisión ilegítima cuando la información publicada (presuponiendo su interés general) aun siendo objetivamente falsa, ha sido diligentemente contrastada, esto es, cuando es «veraz»¹⁹. Esto implica que se niega al perjudi-

afectado. La doctrina suele observar, en este sentido, que las reglas de exoneración de responsabilidad no son criterios de imputación de responsabilidad, y así se desprende también, por otra parte, del Considerando 17 del Reglamento 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales (Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, 2007, pp. 109 y 110; PEGUERA POCH, 2007, pp. 321 ss.; LÓPEZ RICHART, *Derecho privado y Constitución*, 2012, p. 154; DE MIGUEL, 2022, p. 314). Así pues, la responsabilidad deberá determinarse conforme a la norma que resulte aplicable en función del bien jurídico lesionado [GRIMALT, 2011, b), p. 171].

¹⁶ El Reglamento europeo es de aplicación a partir del 17 de febrero de 2024, según su artículo 93 (aunque unos pocos artículos concretos son de aplicación desde el 16 de noviembre de 2022).

¹⁷ Como se sabe, el artículo 16 LSSI dispone que los prestadores de servicio de alojamiento no serán responsables si no tienen conocimiento efectivo de que la información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero o si, teniéndolo, actúan con diligencia para retirar los datos o impedir el acceso a ellos (*vid. infra*, ep. 4). Por lo que aquí respecta, el RSD no ha alterado sustancialmente las reglas de exención de responsabilidad aplicables a los prestadores de servicios de alojamiento contenidas en la Directiva 2000/31, si bien, en su considerando 27, recomienda solucionar los conflictos relativos a contenidos ilícitos sin implicar a los prestadores de servicios de intermediación, y haciendo responder a quienes proporcionan tales contenidos.

¹⁸ CHAPARRO MATAMOROS, 2019, p. 109; PEGUERA POCH, 2007, pp. 229 ss.; DE MIGUEL, 2022, pp. 316 y 317.

¹⁹ Sobre el concepto de «veracidad» en la jurisprudencia constitucional puede verse, entre otros, GRIMALT, 2007, pp. 94 ss.; MOLINER NAVARRO, 2007, pp. 51-53; DE VERDA/

cado, no sólo la posibilidad de exigir una indemnización –lo que puede considerarse, hasta cierto punto, razonable, si se piensa que la responsabilidad del informador debe ser subjetiva²⁰– sino también otros medios de tutela como la declaración de falsedad de la información, la condena a su retirada y la abstención de intromisiones ulteriores, que deberían admitirse con independencia del mayor o menor grado de diligencia del informador²¹. Esta situación, que ha sido criticada por buena parte de la doctrina²², contrasta con la posibilidad, reconocida ahora en la LOPD, de solicitar la supresión de los datos personales publicados en redes sociales y servicios equivalentes si son «inexactos»²³, lo que da pie a pensar en la posibilidad de recurrir a este instrumento para obtener la eliminación de información falsa relativa a una persona, se haya obtenido o no diligentemente, incluso aunque no sea difamatoria, y sin necesidad de acudir a un procedimiento judicial²⁴.

VIDAL ALONSO, 2015 (II), RB 4.2; DE VERDA, *Derecho privado y Constitución*, 2015, pp. 396 y 397.

²⁰ PANTALEÓN, *La Ley*, 1996, pp. 1690-1692, tras afirmar que las informaciones objetivamente falsas (que son «objetivamente perniciosas» para la formación de la opinión pública), no gozan de protección constitucional, observa que no sería inconstitucional una responsabilidad objetiva o sin culpa por los daños causados por las informaciones objetivamente falsas. No obstante, en su opinión no sería razonable la responsabilidad objetiva de los autores de informaciones falsas diligentemente contrastadas, aunque sí tendría sentido cuando se trata de la responsabilidad de los titulares de medios de comunicación si los difamados son simples particulares.

²¹ PANTALEÓN, *La Ley*, 1996, p. 1692, estima que la tutela negatoria o defensiva del derecho al honor frente a informaciones falsas es una exigencia constitucional. En similar sentido, SALVADOR CODERCH, 1997, pp. 38 ss. considera injusto que se niegue a la víctima de la difamación no culpable todo tipo de remedio jurídico y estima que debería poder ejercer la «acción negatoria» (en su doble vertiente de cesación y abstención de intromisiones pasadas y futuras) así como la difusión de la sentencia condenatoria (que cumpliría la función práctica de la retractación). YZQUIERDO TOLSADA, 2014, p. 1464, afirma que no debería impedirse al perjudicado obtener «un pronunciamiento que ordenara la difusión de la sentencia, la declaración de falsedad y la condena a la cesación de la perturbación y abstención de intromisiones ulteriores». Comparten esta opinión HERRERA DE LAS HERAS, 2017, p. 39, y ATIENZA NAVARRETE, 2015, RB 9.2.

²² *Vid.* autores citados en nota anterior.

²³ Como antes se indicó, el artículo 94 LOPD ha regulado el «derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes» e indica en su inciso segundo que toda persona tiene derecho «a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, *inexactos*, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información».

²⁴ Aunque parte de la doctrina mantiene la posibilidad de ejercitar una acción declarativa dirigida a constatar la falsedad de la información (PANTALEÓN, *La Ley*, 1996, p. 1692; SALVADOR CODERCH, 1997, p. 38; SEMPERE RODRIGUEZ, 1997, p. 415), parece preferible proporcionar un remedio extrajudicial, como es el derecho al olvido, particularmente en un ámbito, como el de las redes sociales, en el que, de aceptarse aquella posibilidad, se corre el peligro de convertir a los tribunales en «lugares donde discutir nimiedades» (en este sentido el citado SEMPERE RODRIGUEZ, 1997, p. 415, que observa que la mencionada acción declarativa debe aceptarse con cautela).

2. INTROMISIONES ILEGÍTIMAS: CRITERIOS DE PONDERACIÓN Y SUPUESTOS CONCRETOS

Para que pueda reclamarse con éxito responsabilidad a quien crea o difunde contenidos, información o imágenes atentatorias contra los derechos al honor, la intimidad o la imagen del afectado, así como para que pueda adoptarse cualquiera de las restantes medidas de tutela previstas en el artículo 9 LO 1/1982, es necesario que el comportamiento en cuestión pueda calificarse como una intromisión *ilegítima*. Lo mismo cabe decir del supuesto en que la acción se dirige contra el prestador del servicio (red social, web, foro, etc.) en que se alojan los contenidos lesivos²⁵. Ello obliga a tomar en consideración los criterios de ponderación aplicados por los tribunales a la hora de solventar el conflicto entre la libertad de expresión e información y los derechos de la personalidad en juego, criterios que, como es lógico, operan con independencia de cuál sea el medio a través del cual se lleva a cabo el comportamiento dañoso. A continuación, tomando como base un análisis jurisprudencial, se va a intentar delimitar qué comportamientos, de entre los desarrollados usualmente a través de internet, tienen la consideración de intromisión ilegítima.

2.1 LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR

2.1.1 La crítica a sujetos privados

Una particularidad que presentan las redes sociales y servicios equivalentes es que se utilizan con mucha frecuencia para verter críticas o descalificaciones sobre sujetos privados. En algunos casos se trata de críticas relativas a la actividad profesional de la persona en cuestión, pero en otras las críticas se refieren a asuntos de otra índole, relacionados con enfrentamientos personales entre los implicados, en ocasiones consecuencia de relaciones contractuales previas o incluso derivados de conflictos familiares. Aunque en algunas ocasiones las opiniones vertidas se basan en hechos que se imputan al afectado, y que pueden desacreditarle, por lo general el conflicto se plantea exclusivamente entre la libertad de expresión del autor de los contenidos lesivos y el derecho al honor del afectado.

²⁵ Vid. nota 15.

Así las cosas, lo primero que debe observarse es que, aunque la emisión de opiniones y juicios de valor críticos puede ser lícita al amparo de la libertad de expresión, para que la crítica prevalezca frente al derecho al honor del afectado, no basta con su *proporcionalidad*²⁶, es necesario que verse además sobre asuntos de *interés general*²⁷. Esto implica que no cabe utilizar internet para difundir, con base en el ejercicio de la libertad de expresión críticas sobre personas anónimas (familiares, compañeros de trabajo, etc.) carentes de proyección pública pues, salvo que estén ocasionalmente involucrados en algún asunto de interés general al que se refiera el juicio de valor, tal crítica –siempre que tenga cierta intensidad ofensiva²⁸– podrá considerarse una intromisión ilegítima en su derecho al honor²⁹. Así resulta, por ejemplo, de las SSTs de 21 de marzo de 2018 (RJ 2018/1116)³⁰ y de 27 de enero de 2017 (RJ 2017/369)³¹, en las que los comentarios vertidos sobre los demandantes, en un diario digital y en Twitter en el primer caso, y

²⁶ Como se sabe, la idea de «proporcionalidad» veda el empleo de expresiones injuriosas o manifiestamente vejatorias que no guardan relación con los hechos divulgados o la opinión emitida y que resultan innecesarias para su exposición. Por todos, DE VERDA/VIDAL ALONSO, 2015, b), RB 6.6; 6.7.

²⁷ Advértase que tanto si lo que está en juego es la libertad de información, como si lo es la libertad de expresión, para legitimar la intromisión en el derecho al honor es necesario que las manifestaciones u opiniones versen sobre cuestiones de interés general o relevancia pública. Así lo indican claramente las STSS de 12 de junio de 2020 (RJ 2020/5120), de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021/640) y de 16 de noviembre de 2021 (RJ 2021/5137). Véase también la STS de 18 de febrero de 2019 (RJ 2019/619).

Sobre la noción de interés general, que puede venir determinado por la materia o por las personas, en tanto ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública *vid.* DE VERDA/VIDAL ALONSO, 2015, a), RB 3.4; 3.6; GRIMALT, 2007, pp. 86 ss.

²⁸ Para que las críticas y descalificaciones vertidas hacia un sujeto puedan constituir una intromisión ilegítima en su derecho al honor la jurisprudencia suele exigir que tengan una cierta «intensidad ofensiva». *Vid.* en este sentido, entre otras, SSTs de 18 de mayo de 2018 (RJ 2018/2018); de 28 de septiembre de 2018 (RJ 2018/4074) y de 12 de junio de 2020 (RJ 2020/5120); de 3 de noviembre de 2022 (JUR 2022/353350).

²⁹ La STS de 21 de marzo de 2018 (RJ 2018/1116), observa, en este sentido, basándose en la STC 112/2000, que la libertad de expresión *no justifica expresiones vejatorias centradas en la vida privada del afectado* y ajenas, en su caso, al asunto que sí puede ser de interés general.

³⁰ El demandante era director de comunicación del Consejo General de Enfermería de España. En el artículo publicado el demandado hacía referencia a la supuesta implicación del presidente del Consejo General de Enfermería (no del demandante) en la trama Gürtel, y, respecto del actor, vertía comentarios sarcásticos que se referían a circunstancias personales como su origen, juventud o familia. El TS, en contra de lo mantenido por la AP, consideró que, si bien la utilización indebida de fondos del mencionado Consejo General de Enfermería era de interés general, el puesto del demandante no tenía proyección pública y los mensajes publicados se centraban en sus circunstancias personales, no estando amparados por la libertad de expresión.

³¹ Una escritora, tras haber participado en un *Reality show*, publicó en su blog, de libre acceso en internet (y posteriormente en su cuenta de Twitter) dos artículos en los que insultaba a la directora del *Reality* desvelando que se había sometido a un aborto y consumía drogas, y aludiendo, incluso, a la enfermedad mental de su marido. La demandada alegaba su derecho a la libertad de creación literaria, pero el TS entendió que lo que estaba en juego era el derecho a la libertad de expresión. Concluyó que la crítica personal realizada a la persona de la demandante carecía de cualquier interés general, además de traspasar

en un blog y en Twitter en el segundo, carecían, a juicio del Alto Tribunal, de todo interés general, ya que se referían a circunstancias personales de los actores, que eran personas sin proyección pública.

En la medida que la jurisprudencia considera que las expresiones presuntamente injuriosas han de ser interpretadas dentro del contexto en que se vierten³², en algún caso se ha tenido en cuenta, para excluir la existencia de la intromisión, el que haya un conflicto previo entre las partes (SSTS de 10 de junio de 2020 –RJ 2020/1578³³– y 28 septiembre 2018 –RJ 2018/4074–³⁴) o el que los comentarios en cuestión se emitan en el seno de una discusión (en un foro de Facebook, STS 19 mayo 2018 –RJ 2018/2018–)³⁵.

Ahora bien, esto no significa que cualquier conflicto entre sujetos privados (derivado, por ejemplo, de la existencia de deudas no satisfechas), pueda justificar la difusión de críticas insultantes o vejatorias hacia la otra parte. De un lado porque siendo ambas partes personas sin proyección pública difícilmente habrá un interés general que pueda justificar la intromisión en el derecho al honor del destinatario de los comentarios ofensivos³⁶. De otro porque es

el límite de la adecuada proporcionalidad y revelar datos íntimos, dando lugar no sólo a una intromisión en su derecho al honor, sino también en su intimidad.

³² Como observa la STS de 19 de julio de 2022 (RJ 2022/158), en relación con un conflicto entre el único miembro vivo del grupo Triana y los herederos de otro de sus miembros, que llevó a aquél a publicar un manifiesto en sus redes sociales, puede ocurrir que determinadas expresiones, aunque sean incómodas o desagradables, carezcan, dentro del contexto en que se emiten, de matiz infamante. Sobre la relevancia del contexto *vid.* YZQUIERDO, 2014, pp. 1408 y 1409.

³³ En este caso la actora demandó a Facua y a uno de sus miembros por publicar un artículo en su web que, según decía, contenía expresiones injuriosas lesivas de su honor. Entre las partes existía un enfrentamiento y la actora había publicado previamente en Twitter comentarios descalificando a los demandados por lo que el TS estimó que las manifestaciones de estos últimos «eran mera respuesta, desairada, pero proporcionada, ponderada y legítima a las previamente efectuadas por la demandante».

³⁴ Con motivo de las desavenencias surgidas por el pago de ciertos trabajos realizados por el demandado para una productora de la que el demandante era administrador, aquel publicó en su cuenta de Facebook un mensaje afirmando que la productora y su administrador no eran de fiar y no cumplían sus compromisos. El TS consideró que, en tal contexto, las expresiones utilizadas, aun siendo ofensivas, eran proporcionadas a la crítica pretendida y, por consiguiente, carecían de suficiente intensidad ofensiva.

³⁵ Esta sentencia señala que la discusión es equiparable a los debates orales en los que «el acaloramiento e intercambio recíproco de acusaciones puede minorar la ilegitimidad de la conducta ofensiva».

³⁶ Destaca la falta de interés general de las imputaciones y descalificaciones vertidas por un particular contra una empresa (aunque en este caso mediante la publicación de octavillas y pasquines y no a través de medios digitales) la STS de 18 de febrero de 2010 (RJ 2019/619). En los indicados pasquines el administrador de una empresa que había sido contratada por otra que fue declarada en concurso (dejando, por tanto, la deuda impagada), denunciaba tal situación dando a entender que el demandante, administrador de la entidad concursada, había provocado deliberadamente el concurso y había sacado bienes de su patrimonio con el fin de evitar el pago de la deuda. Con independencia de que las expresiones empleadas eran, según el TS, desproporcionadas, el Alto Tribunal puso de relieve que no existe un interés general en conocer la existencia de una deuda impagada contraída

importante respetar el límite de la proporcionalidad. Así, por ejemplo, la SAP Valladolid, de 17 de noviembre de 2018 (AC 2015/1926), considera que los insultos publicados en Facebook contra los arrendatarios de un local comercial por su propietaria, a raíz de la falta de pago de la renta y la deficiente conservación del local, no pueden justificarse por el contexto previo, dado «el abuso contumaz de expresiones ultrajantes» empleadas. Del mismo modo, la SAP Barcelona de 17 de septiembre de 2020 (JUR 2020/315895) estima que las desavenencias en torno a la custodia de un menor no justifican las expresiones vertidas en Facebook por el demandado (padre del menor) contra su ex pareja, a quien calificó como «tiparraca» «parásito», «artimañera», y otros adjetivos similares.

Si la crítica vertida en redes sociales y servicios equivalentes se refiere a la actividad profesional o empresarial del afectado, cabe pensar que puede existir un interés del público en general en conocer posibles irregularidades en el desempeño de la actividad profesional, industrial, comercial, etc., de la persona física o jurídica³⁷ de que se trate. En este punto ha de tenerse en cuenta que si bien la crítica a la actividad profesional no supone por sí misma una vulneración del derecho al honor, sí pueden implicarlo «aquéllas críticas que constituyen en el fondo una descalificación personal», «poseyendo especial relieve las que ponen en duda la probidad o ética en el desempeño de la actividad», situación ésta que, como es lógico, deberá valorarse atendiendo a las circunstancias concurrentes (STC 91/2007)³⁸.

Es lo que ocurre, por ejemplo, en el supuesto resuelto por la STS de 22 de febrero de 2022 (RJ 2022/986) en el que el demandante se dedicó sistemáticamente, en varios foros de Facebook de los que

entre sociedades mercantiles. Una situación similar se plantea en la SAP León de 24 de mayo de 2016 (JUR 2016/160277), que estima que el hecho de que la entidad actora hubiese dejado de pagar una deuda contraída frente al demandado carece de interés general y no justifica la intromisión en el derecho al honor de la sociedad demandante llevada a cabo por aquél en su blog.

³⁷ Recordemos que las personas jurídicas también son titulares del derecho al honor –en la jurisprudencia constitucional, cfr. SSTC 139/95; 183/95. En la del TS, *vid.*, entre otras, SSTS de 25 de marzo de 2013 (RJ 2013/3683); de 16 de junio de 2015 (RJ 2015/2758); de 14 de septiembre de 2016 (RJ 2016/4826); de 19 de enero de 2017 (RJ 2017/29)–. No obstante, la jurisprudencia suele afirmar que la protección que merece este derecho es de «menor intensidad» que cuando se trata de personas físicas –*v. gr.* SSTS de 19 de enero de 2017 (RJ 2017/29) de 13 de noviembre de 2019 (RJ 2019/4700); de 7 de noviembre de 2019 (RJ 2019/4474); de 17 de julio de 2020 (RJ 2020/2695)–. Sobre el honor de las personas jurídicas, *vid.* RODRÍGUEZ GUTIÁN, 1996, pp. 52 ss. Desde una perspectiva general, sobre la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas, GÓMEZ MONTORO, 2011, pp. 52 ss.

³⁸ *Vid.*, en este sentido, GRIMALT, 2007, p. 28, nota 13; DE VERDA, 2015 (versión digital), RB 1.6; ESCRIBANO TORTAJADA, 2015, p. 68. Así lo indican expresamente, por otra parte, las SSTS de 22 de septiembre de 2020 (RJ 2020/3309); de 22 de febrero de 2022 (RJ 2022/986) y de 21 de marzo de 2022 (RJ 2022/1423) a las que se alude en el texto y la siguiente nota.

era administrador, a atacar al demandado, especialista en cuidados estéticos e higiénicos del perro de agua español, poniendo en duda sus capacidades, acusándolo de engañar al público con los productos que comercializaba, y empleando expresiones tales como «caradura, oportunista, mentiroso, timador...». El TS consideró que el demandado no se había limitado a criticar el desempeño profesional del demandante, sino que había emitido descalificaciones personales desproporcionadas e innecesarias para criticar su actividad profesional y comercial, trasladando «una imagen de engañador, aprovechado y pesetero, carente de preparación y formación, así como de ética profesional y personal alguna»³⁹. Tampoco puede considerarse una mera crítica profesional, sin incidencia en el derecho al honor, la imputación de comportamientos negligentes y deshonestos, llevada a cabo sistemáticamente durante varios años por el titular de un blog contra dos empresas dedicadas al «vending», a las que tachaba de «estafadoras», «sinvergüenzas», etc. Así lo entiende la STS de 17 de julio de 2020 (RJ 2020/2695) que estima que del contenido del blog en cuestión se desprendía en realidad una voluntad de boicotear los productos comercializados por dichas empresas⁴⁰.

Por el contrario, la STS de 22 de septiembre de 2020 (RJ 2020/3309) considera que los comentarios vertidos por la entidad demandada en su web y a través de twitter, relativos a los problemas de conexión existentes en una plataforma que retransmitía eventos deportivos y las consiguientes quejas de los clientes, no entrañan una vulneración del derecho al honor de la sociedad demandante ya que «carecen de cualquier matiz injurioso o infamante y no cuestionan la probidad o ética de la demandante en su actividad profesional, *sino solamente la calidad de sus prestaciones empresariales*»⁴¹.

³⁹ En la misma línea cabe citar la STS de 21 de marzo de 2022 (RJ 2022/1423), en la que el demandado se dedicó, en diferentes grupos de Facebook de los que también era administrador, a realizar comentarios insultantes contra el actor, gerente de una sociedad dedicada a la gestión de fondos para el desarrollo de proyectos europeos, acusándolo de corrupción y mal uso de los fondos públicos encomendados. La sentencia indica que el demandado era un simple empresario y si bien las adjudicaciones de contratos públicos que hacía su empresa tenía interés público, ese interés público no facultaba al demandado a insultarle indiscriminadamente ni imputarle delitos sin respaldo alguno.

La STS de 7 de enero 2014 (RJ 2014/773) considera igualmente que las expresiones vertidas por usuarios de diversos foros, que tachaban al titular de un negocio de informática de «sinvergüenza, timador, estafador, chorizo» y otras similares, excedían de la mera crítica a su actividad empresarial (en este caso se declaró responsable al titular de la página web que alojaba dichos foros, es decir, al proveedor del servicio de almacenamiento; sobre ello *infra*, ep. 4)

⁴⁰ Según el TS no existía, además, un interés social relevante en el contenido del blog sin que pudiera apreciarse que los comentarios vertidos contribuían a «la formación de una opinión pública libre y plural en un estado democrático».

⁴¹ La AP estimó además que las críticas vertidas se basaban en hechos veraces y tenían interés general, pero esta cuestión no es analizada en casación.

Obviamente si la lesión al prestigio profesional deriva de la imputación de hechos falsos, como sucede en el supuesto resuelto por la STS de 2 de junio de 2020 (RJ 2020/1567) –en el que el abogado de una paciente, difundió en su página web información en la que se afirmaba falsamente que el médico demandante había sido condenado a indemnizar a su paciente por negligencia profesional– se estará cometiendo una intromisión en el derecho al honor del afectado⁴².

No obstante, de la praxis jurisprudencial se desprende que la mayoría de las lesiones al derecho al honor cometidas en este ámbito son consecuencia de la emisión de opiniones o juicios de valor por parte de los internautas y no tanto de la imputación de hechos falsos o faltos de veracidad⁴³. Ahora bien, si la crítica vertida contra un sujeto tiene como presupuesto un comportamiento ilícito o socialmente reprochable que se le imputa o presupone, para excluir la existencia de una intromisión ilegítima es necesario que tales hechos sean veraces. Como observa la STS de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021/640) «cuando se atribuye la comisión de hechos antijurídicos, la exposición de los hechos y la emisión de valoraciones están indisolublemente unidas, por lo que *ni siquiera una opinión crítica justifica la atribución de hechos no veraces*»⁴⁴. Así, no cabe amparar en la libertad de expresión la acusación de «maltratador», vertida por el demandado contra el actor en twitter, basada, supuestamente, en una agresión física de este último que nunca existió [STS de 29 de abril de 2019 (RJ 2019/1376)]. Por el contrario, la STS de 20 de julio de 2018 (RJ 2018/2832) considera que no vulneran el derecho al honor del demandante los comentarios críticos vertidos por la demandada en Twitter –relativos a la asistencia

⁴² Es el supuesto enjuiciado era evidente que el demandado conocía la falsedad de la información publicada, por lo que la sentencia no entra a analizar el requisito de la «veracidad» como límite de la libertad de información.

⁴³ Como excepción, además de la sentencia anteriormente aludida, cabe citar la STS de 27 de abril de 2021 (RJ 2021/1993) que considera lesiva para el derecho al honor del demandante las afirmaciones contenidas en un reportaje publicado en la web de una cadena de TV y en Youtube por falta de veracidad. En el reportaje se decía que el demandante había obtenido una plaza en la administración pública debido a sus contactos familiares sin contar con ninguna prueba al respecto y pese a que los tribunales habían desestimado la impugnación del proceso selectivo en el que participó el actor.

⁴⁴ En este caso el demandado publicó en su perfil de Facebook diversas entradas en las que criticaba a un matrimonio que militaba en un partido de la izquierda nacionalista gallega, vinculándolo con grupos terroristas. El TS consideró, al igual que los tribunales de primera instancia y apelación, que las manifestaciones realizadas no se basaban en hechos veraces y por tanto no podían quedar amparadas en el ejercicio de la libertad de expresión.

Sobre imputación de hechos no veraces vid, también la SAP Málaga de 14 de junio de 2016 (AC 2016/316) relativa a un conflicto entre un profesor de instituto expedientado a consecuencia de unos hechos descubiertos por otra compañera, a la que acusa, en una «carta» publicada en Facebook, de haber inducido a los alumnos a denunciarle y haber presionado al instructor del expediente.

del primero a actos públicos estando de baja laboral— por estar basados «en unos hechos de veracidad acreditada»⁴⁵.

Conviene advertir, por último, que en la actualidad, y tras la reforma del artículo 7.7 LO 1/1982 por la LO 10/1995⁴⁶, no es necesaria la divulgación para que se produzca una intromisión ilegítima en el derecho al honor del afectado. Esto implica que el hecho de que el medio digital en que se difunde el mensaje ofensivo sea de acceso restringido, como sucede, por ejemplo, con los mensajes de whatsapp o de correo electrónico⁴⁷, no impide que pueda cometerse una intromisión en el derecho al honor del destinatario del mismo ya que la ausencia de divulgación afecta al aspecto trascendente del derecho al honor, relativo a la estimación que los demás tienen de una persona, pero no al aspecto inmanente, relativo a la propia estimación del afectado [En este sentido STS de 12 de marzo de 2020 (RJ 2020/1133)⁴⁸]. En consonancia con esta doctrina, la SAP Barcelona de 17 de septiembre de 2020 (JUR 2020/315895) considera que los mensajes de whatsapp enviados a la actora por las demandadas⁴⁹, vulneraron su derecho al

⁴⁵ En este caso el TS tuvo en cuenta también que el tema (absentismo laboral injustificado) tenía cierto interés general y no se emplearon expresiones insultantes ni vejatorias. No obstante, aunque negó que se hubiera vulnerado el honor del demandante, consideró que se había producido una intromisión en su derecho a la intimidad a consecuencia de la difusión de información sobre su baja laboral, que la demandada conocía por haber sido la jefa del actor.

⁴⁶ Sobre la supresión de la necesidad de divulgación para que exista una intromisión en el derecho al honor, *vid.* críticamente YZQUIERDO TOLSADA, 2014, p. 1395.

⁴⁷ Se discute si los sistemas de mensajería deben reputarse «redes sociales». HERRERA DE LAS HERAS, 2017, p. 77, opina que tienen características similares. CASTELLS SOMOZA, *Cuadernos de Derecho privado*, 2022, p. 62, las considera como «redes sociales neutras» frente a las que califica como «redes sociales activas», que no solo alojan contenidos, sino que contribuyen a su difusión. MARTÍNEZ CALVO, 2021, RB 3.5, estima, sin embargo (en relación con el ejercicio del derecho al olvido) que no encajan en el concepto de red social ni servicio equivalente los sistemas de mensajería tipo whatsapp porque «no se puede hablar de información disponible en internet de forma indefinida y accesible a un número indeterminado de personas» que es, en su opinión, lo que caracteriza a los servicios de redes sociales y servicios equivalentes.

⁴⁸ En el caso resuelto en esta sentencia el demandado había remitido numerosos mensajes de texto al móvil del demandante, en los que le acusaba de ser cocainómano, comprar drogas siendo guardia civil y maltratar a su hija y a su mujer. Además, remitió mensajes similares, en los que también le imputaba la colaboración en el tráfico de drogas, a una cuenta de correo electrónico perteneciente a una asociación de cuya directiva era miembro. Los afiliados de la asociación tenían acceso a esa cuenta de correo. Ante la alegación del recurrente, que afirmaba que no había existido divulgación (aunque eso no era totalmente cierto en el caso de los mensajes de correo electrónico) ni, por tanto, intromisión en el derecho al honor del actor, el TS afirma que el hecho de que los mensajes de texto con contenido ofensivo fuesen enviados directamente al afectado, sin divulgación frente a terceros, «no los hace irrelevantes respecto de la vulneración del derecho al honor».

⁴⁹ La madre, hermana y nueva pareja del también demandado —padre de un menor con quien, al parecer, su expareja obstaculizaba la relación— enviaron a esta última diversos mensajes de whatsapp con calificativos ofensivos («cobarde», «mala persona», «patética», «bruja») que la AP consideró no amparados en la libertad de expresión y constitutivos de una lesión en su derecho al honor pese a la falta de divulgación.

honor, si bien tiene en cuenta la falta de difusión para minorar el importe de la indemnización⁵⁰.

De lo expuesto se desprende que, como regla general, las redes sociales no constituyen un espacio en el que se pueda descalificar impunemente a sujetos privados. Para que prevalezca la libertad de expresión es necesario que las opiniones y juicios de valor estén directamente relacionados con un asunto de interés general en el que se encuentren involucrados tales sujetos, y, además, guarden el requisito de la proporcionalidad, para cuya valoración ha de tenerse en cuenta no solo la entidad ofensiva, aisladamente considerada, de las expresiones en cuestión sino, también, el contexto en el que son vertidas. Es admisible la crítica a su actividad profesional, pero siempre que, se limite a valorar –aunque sea de manera agria, hiriente y molesta– la pericia desarrollada en el desempeño de tal actividad, no incurra en descalificaciones personales no relacionadas con la misma, y sea proporcionada.

2.1.2 La crítica a personas públicas (o relativa a asuntos de interés general)

Hasta ahora venimos hablando de descalificaciones vertidas sobre sujetos privados. Puede ocurrir, aunque es menos frecuente, que la persona que es criticada o vilipendiada a través de las redes tenga proyección pública⁵¹ o el asunto en el que esté involucrado y al que se refiera la crítica sea de interés general. En estos casos el ámbito de la libertad de expresión es más amplio que cuando se trata de sujetos privados. No solo por el hecho de que la opinión verse sobre una cuestión de interés general –lo que, en principio, daría prevalencia a la libertad de expresión si se cumple además el requisito de la «proporcionalidad»– sino porque los límites a la crítica se expanden cuando el afectado es un personaje público, en especial si se trata de un político. Así, en relación con un twitter de una diputada del parlamento andaluz que imputaba la «responsabilidad» del «asesinato» de cierto sujeto ejecutado durante la dictadura a uno de los ministros del régimen, ya fallecido, la STS de 16 de noviembre de 2021 (RJ 2021/5137) considera que no existió

⁵⁰ El Juzgado había condenado a dos de las demandadas a abonar 500 euros a la actora y a la tercera a abonarle 250 euros. La AP redujo la indemnización a 250 y 100 euros, respectivamente.

⁵¹ El concepto de persona pública no queda limitado a aquellas que ejercen funciones públicas. La jurisprudencia admite un concepto amplio, que incluye a cualquier persona con notoriedad o proyección pública, debido a su profesión (*v. gr.* artistas, deportistas, etc.) o a otras circunstancias (por ejemplo, personas que se caracterizan por divulgar su vida privada). GRIMALT, 2007, p. 87 y nota 191; DE VERDA/VIDAL ALONSO, 2015, (I), RB 3.6.

intromisión ilegítima en el honor del difunto⁵². Lo dicho no significa que las personas públicas puedan ser libremente vejadas o vilipendiadas por el hecho de serlo, pues como observa la STS de 10 de junio de 2020 (RJ 2020/2292)⁵³, el que los dirigentes políticos «deban tolerar un nivel de crítica superior a las demás personas no significa que se les vea expropiado su derecho al honor». El problema en la práctica es saber dónde está el límite admisible. Para ello debe tenerse en cuenta que, como indica la sentencia citada, una cosa es que las personas públicas «deban soportar *críticas a su actuación*» y otra que deban soportar «cualquier clase de difamación o insultos gratuitos, *que nada contribuyan a la formación de una opinión pública plural*»⁵⁴. Buen ejemplo de ello es el supuesto resuelto por la SAP Granada de 19 de octubre de 2019 (JUR 2020/59133),

⁵² El TS consideró que la expresión «responsable del asesinato» no podía interpretarse como imputación al fallecido del delito tipificado en el artículo 139 CP, sino como expresión de la opinión de la demandada sobre la responsabilidad política del fallecido. Entiende el TS que el asunto objeto de las declaraciones era de interés general, que los límites a la crítica aceptable se amplían cuando se trata de un político y, asimismo, que, según la doctrina del TEDH es importante preservar la libertad de expresión de los parlamentarios, incluso aunque sus manifestaciones se hagan fuera del Parlamento.

Frente a ello, la STS de 3 de abril de 2019 (RJ 2010/1214) concluyó que publicar un mensaje en Facebook calificando como «asesino» a un torero fallecido y manifestando alegría por su muerte en una corrida constituía una intromisión en su derecho al honor. Aunque el mensaje fue publicado por una concejala de cierto Ayuntamiento de Valencia, en este caso el TS consideró que el mensaje excedía de la mera crítica a la tauromaquia y no podía quedar amparado por la libertad de expresión. Además de observar que el término asesino tiene una carga ofensiva evidente, siendo innecesario su empleo para criticar la tauromaquia, la sentencia tomó en consideración *los usos sociales*, afirmando que «una exigencia mínima de humanidad exige el respeto al dolor de los familiares ante la muerte de un ser querido». Y es que, como observa GRIMALT, 2007, p. 58, la referencia a los «usos sociales» incluida en el artículo 2.1 LO 1/1982 puede ayudar a delimitar qué se considera injurioso y qué no.

Respecto del interés jurídico protegido en las lesiones a derechos de la personalidad de personas fallecidas, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, *RDC*, 2020, pp. 123 ss, que concluye, al menos por lo que respecta a la lesión del derecho al honor, que es «la dignidad de la persona fallecida» para cuya defensa se otorga legitimación a ciertas personas, con independencia de que éstas puedan accionar en defensa de sus propios derechos de la personalidad si también son afectados. En este sentido, señala el indicado autor (p. 132) que tanto la doctrina constitucional como la jurisdicción ordinaria admiten la tutela de la personalidad pretérita del fallecido a través de los sujetos legitimados por la LO 1/1982 y, asimismo, la de las personas vivas que puedan ser afectadas por la misma intromisión.

⁵³ En el supuesto resuelto por esta sentencia el demandado, en sus cuentas de Facebook, Twitter y en un blog interactivo, calificó al demandante, que había ostentado diversos cargos públicos, como «terrorista, mafioso, delincuente, canalla, sinvergüenza, golfo» y otras expresiones similares, acusándole de pertenecer a una banda criminal. Con independencia de que la acusación de comisión de hechos delictivos no era veraz, el TS consideró que se había sobrepasado el límite de la libertad de expresión, aduciendo que se había ido más allá del empleo de frases «vulgares, agrias o molestias» para incurrir directamente en el insulto.

⁵⁴ En la misma línea cabe citar la STS de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016/2451) relativa a las acusaciones vertidas en la web de un partido político contra el creador de otro partido, al que se le imputaron conductas delictivas en su esfera personal y profesional, calificándolo como «estafador», «chorizo» o «sinvergüenza». El TS corroboró la postura de la AP que consideró que se había rebasado el ámbito de la crítica política, no estando justificado que se atacara el honor y la integridad del afectado en su ámbito privado y profesional.

en el que el demandado, con el fin de criticar el modelo de gestión sanitaria –asunto que podría considerarse de relevancia pública– difundió en Facebook y en Youtube ciertos vídeos en los que se refería al demandante (Jefe del Servicio de Nefrología de un hospital granadino y Director de la Unidad Intercentros de Nefrología) con calificativos como «sinvergüenza», «cabrón», «hijo de puta», «mierda», etc., expresiones éstas que, según la AP, no estaban amparadas por la libertad de expresión⁵⁵.

En cualquier caso, el contexto en que se inserta el mensaje ofensivo y la previa existencia de un conflicto entre los implicados puede, nuevamente, dotar de mayor peso a la libertad de expresión, excluyendo la ilegitimidad de la intromisión. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto resuelto por la STS de 6 de julio de 2022 (RJ 2022/3531) que estimó no lesivos para el derecho al honor de los actores los comentarios realizados por el demandado (en su perfil de Facebook, LinkedIn y Twitter) en los que afirmaba haber sido despedido del periódico en el que trabajaba por razones políticas y debido a los vínculos de las empresas titulares del medio de prensa con el PSOE (vínculos que, además, le facilitarían la obtención de subvenciones públicas)⁵⁶. Y así lo entendió también el TS, en la Sentencia de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013/195), en relación con los comentarios críticos vertidos en un blog sobre la SGAE, comentarios que, a juicio del Alto Tribunal, debían enmarcarse en el contexto de malestar social generado por el cobro del canon por uso privado, debiendo prevalecer, por tanto, la libertad de expresión⁵⁷.

De lo expuesto se desprende que la crítica a personas públicas es lícita en tanto se limite a su actividad como tal y no incluya insultos gratuitos que excedan de la libertad de expresión, debiendo tenerse nuevamente en cuenta el contexto en que la crítica se inserta para llevar a cabo la ponderación.

Cuando el ofendido por comentarios publicados en redes sociales es una persona pública, el derecho que entra en conflicto con el honor del ofendido suele ser, al igual que en el caso de sujetos pri-

⁵⁵ De interés es también la SAP Valencia de 5 de diciembre de 2014 (AC 2015/633) que consideró lesivo para el derecho al honor de un famoso arquitecto el título del dominio www.calatravatelacava.com. Si bien la sentencia consideró que los contenidos de la página web estaban amparados por la libertad de expresión (en tanto criticaban la actividad profesional del demandante) no lo estaba el título de la página web, que tenía un significado ofensivo innecesario para transmitir la información en ella contenida, y desproporcionado a la finalidad pretendida.

⁵⁶ Partiendo del interés general del tema y la proyección pública de los demandantes, el TS consideró que las expresiones utilizadas eran proporcionadas, añadiendo que, en contextos de contienda o conflicto, como era el despido previo del demandado «se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión».

⁵⁷ En realidad, en esta sentencia lo que se analiza es la responsabilidad del titular del blog por los comentarios vertidos por terceros, es decir, su responsabilidad como prestador de servicios de almacenamiento (*infra*, ep. 4).

vados, la libertad de expresión. En algún caso, sin embargo, el conflicto se plantea con la libertad de información, debiendo analizarse si la información publicada cumple el requisito de la «veracidad». Es lo que ocurre en la STS de 1 de julio de 2020 (RJ 2020/5136), relativa a la publicación por un periodista, tanto en un diario digital como en su propia cuenta de twitter, de un artículo en el que afirmaba que el abuelo de Pablo Iglesias había sido condenado a muerte por haber participado en la caza de civiles durante la guerra. El TS, al igual que las sentencias del Juzgado y la AP, consideró que el periodista en cuestión no había agotado la diligencia debida contrastando los hechos imputados con fuentes accesibles y objetivas, por lo que concluyó que se había vulnerado el honor del padre del demandante y de los familiares de éste.

2.2 LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Suele pensarse que la tendencia actual a compartir información personal y familiar de todo tipo en las redes sociales pone en riesgo la privacidad de usuarios y terceros. Conviene advertir no obstante, que la información difundida voluntariamente por los usuarios ya no puede considerarse como «íntima» (cfr. art. 1 LO 1/1982⁵⁸), por lo que no cabría reclamar contra aquél que divulga la información que el propio afectado ha decidido dar a conocer en sus redes sociales⁵⁹.

Cuestión distinta es la información que afecte a terceros. Aunque podría pensarse que la inconsciencia y el carácter expansivo de muchos usuarios pueden provocar frecuentes lesiones en la intimidad de otras personas, lo cierto es que en la práctica no son frecuentes las demandas por intromisiones en el derecho a la intimidad y, cuando se plantean, suele ejercitarse al mismo tiempo una acción por intromisión en el derecho al honor y/o en el derecho a la imagen. Es lo que sucedió, por ejemplo, en el supuesto de la STS de 20 de julio de 2018 (RJ 2018/2832) anteriormente citada, en el que la demandada había publicado una serie de tuits criticando las apariciones públicas del demandante mientras estaba de baja laboral. Aunque el TS entendió que los tuits en cuestión no vulneraban su derecho al honor ya que se hacían eco de hechos de veracidad acreditada, consideró que la información sobre la baja y las conje-

⁵⁸ Recordemos que según dicho precepto la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen «quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, *atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia*».

⁵⁹ En este sentido, GRIMALT, 2007, p. 61; DE VERDA/HERAS VIVES, 2019, pp. 200 y 201.

turas sobre la enfermedad causante de la misma sí afectaban a su derecho a la intimidad, pues si bien podía estar justificado informar a la empresa empleadora o a la mutua de accidentes de trabajo del comportamiento del demandante, carecía de justificación su divulgación en una cuenta de acceso público⁶⁰.

Una situación similar se plantea en el asunto resuelto por la STS de 27 de enero de 2017 (RJ 2017/369), también mencionada con anterioridad, en el que la demandada, con objeto de desacreditar a la actora, desveló en un blog datos pertenecientes a su esfera personal y familiar (*v. gr.*, que se había sometido a un aborto, consumía drogas o que su marido padecía una enfermedad mental) lo que llevó al TS a confirmar la sentencia recurrida que había considerado que, además del derecho al honor de la actora, se había vulnerado su derecho a la intimidad. Y otro ejemplo de vulneración de tal derecho encontramos en la SAP Madrid de 27 de enero de 2016 (AC 2016/413). En esta ocasión el demandado fue el autor de un artículo, publicado en un diario digital y, por lo que aquí interesa, en un blog, en el que, con ocasión de un conflicto hereditario relacionado con el control de una empresa, desveló datos privados del demandante, uno de los herederos, relativos a las relaciones sentimentales que había mantenido con la segunda esposa de su padre. La sentencia estima que, además de una lesión del derecho al honor del demandante y de su padre⁶¹, se produjo una intromisión en la intimidad de ambos.

2.3 LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

La mayoría de los conflictos suscitados en relación con el derecho a la imagen son consecuencia de la utilización in consentida de la imagen de un tercero, sin que concurra, por otra parte, ninguna de las excepciones contempladas en el artículo 8 LO 1/1982. Al respecto debe tenerse en cuenta que, como ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia, el consentimiento⁶² a la intromisión en el

⁶⁰ En esta sentencia se analiza también si existió una intromisión en el derecho a la imagen del demandante dado que algunos de los tuits iban acompañados de fotografías del mismo en los eventos en los que aparecía. Sobre ello *vid. infra*, ep. 2.3.

⁶¹ En el artículo en cuestión se utilizaban expresiones como «cabezón» y «borracho» en relación con el demandante y como «cornudo y apaleado» con referencia a su padre.

⁶² La jurisprudencia ha venido interpretando que la necesidad de consentimiento expreso del artículo 2,2 LO 1/1982 no excluye que el consentimiento pueda ser tácito, siendo lo fundamental que sea inequívoco (CASTILLA BAREA, 2011, pp. 170-173). De ahí que haya quien entienda que el carácter expreso no se refiere tanto a la forma de prestarlo como a la necesidad de que cada posible uso de la imagen sea específicamente autorizado (DE VERDA, 2007, pp. 240 y 241).

derecho a la imagen debe ser específico para un concreto uso⁶³, de modo que el consentimiento a la captación de la imagen no implica autorización para su difusión, ni el consentimiento para la difusión de la imagen con cierto fin permite el uso de la misma con otros fines⁶⁴.

Esto implica, en primer lugar, que la publicación, por parte de los usuarios de redes sociales, de fotos propias en las que aparecen junto con otras personas o, directamente, de fotos de terceras personas, sin contar con el consentimiento de éstas, constituye, como regla general, una intromisión en el derecho a la propia imagen de las personas concernidas⁶⁵, con independencia de que no sea usual en la práctica que se planteen demandas por este motivo⁶⁶.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que, aunque haya existido consentimiento, expreso o tácito para que otra persona publique nuestra imagen en sus redes sociales, ese consentimiento puede revocarse en cualquier momento⁶⁷, de forma que la negativa a eliminar la imagen en cuestión puede constituir una intromisión ilegítima. Así ocurre en el supuesto resuelto por la SAP Asturias de 20 de julio de 2018 (JUR 2018/284984), en el que el actor solicitó a su ex mujer que retirara de sus redes sociales fotografías tomadas durante el matrimonio en las que él aparecía y, habiéndose negado a ello la ex esposa, ejercitó una acción por intromisión en su derecho a la propia imagen⁶⁸.

En segundo lugar, el hecho de que una persona publique voluntariamente en sus redes sociales fotos o imágenes de otro tipo (*v. gr.* vídeo), aunque lo haga con un perfil de acceso público, no autoriza, en principio, a terceros a reproducirlas y hacer uso de ellas con

⁶³ Entre otras, SSTS de 20 de abril de 2021 (RJ 2021/1529); de 26 de febrero de 2020 (RJ 2020/512); de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017/302); de 2 de junio de 2010 (RJ 2010/2666); de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006/830); de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008/6942); de 18 de octubre de 2004 (RJ 2004/6571); de 24 de diciembre 2003 (RJ 2004/138).

⁶⁴ *Vid.* CASTILLA BAREA, 2011, pp. 140 ss.; DE VERDA, 2007, pp. 240 ss.

⁶⁵ Obsérvese que, si bien el posado para una foto puede considerarse consentimiento para su captación, esto no implica a su vez consentimiento para su difusión. CASTILLA BAREA, 2011, pp. 149 ss. DE VERDA, 2007, p. 241. También ESCRIBANO TORTAJADA, 2015, p. 67, aunque manifiesta algunas dudas en p. 82.

⁶⁶ Ha de advertirse que el hecho de que no se reaccione ante esta situación en cada caso concreto no implica un consentimiento tácito a que pueda divulgarse libremente la imagen del sujeto en cuestión. En este sentido, ESCRIBANO TORTAJADA, 2015, p. 82.

⁶⁷ En este sentido la STS de 26 de febrero de 2020 (RJ 2020/512), referida a la solicitud de retirada de la imagen (y el nombre) de un modisto de la web de la empresa a la que en su día perteneció y en la que prestaba sus servicios. Según el TS, el hecho de que la imagen se tomara en su momento con consentimiento del afectado con el fin de ser empleada en catálogos de productos de la empresa, no impide la revocación del consentimiento.

⁶⁸ Si bien el Juzgado consideró caducada la acción, la AP consideró que el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción debía computarse, no desde la publicación de las fotos en las redes sociales, sino desde que, solicitando su retirada, revocó su consentimiento a la difusión de las imágenes.

otros fines. Esta es la situación que ha generado más litigios en la práctica, en particular cuando medios de prensa han utilizado fotos obtenidas del perfil público del afectado para ilustrar reportajes o noticias, como sucedió en el supuesto resuelto por la STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017/302), la primera que aborda esta cuestión⁶⁹.

En esta resolución (del Pleno) el TS pone de manifiesto que el hecho de colgar en Facebook una foto accesible al público en general no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin consentimiento de su titular, porque ello «no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible» de la imagen en un perfil público de una red social, y, del mismo modo, tampoco puede considerarse como un «acto propio», a efectos del artículo 2.1 LO 1/1982, que excluya del ámbito protegido la publicación de la foto por terceros⁷⁰. En este caso concreto la publicación de la imagen tampoco podía considerarse lícita al amparo del artículo 8.2.c) LO 1/1982⁷¹. Y, en relación con la posible existencia de un «interés público» que legitimara la publicación de la imagen sin consentimiento de su titular, al que también aludía el recurso, observa el TS que la imagen fue tomada en un lugar ajeno al que sucedieron los hechos, y, si bien el interés público puede justificar la información sobre el hecho violento

⁶⁹ En este caso el periódico La Opinión-El Correo de Zamora publicó tanto en su edición en papel como digital un reportaje sobre el suceso en que se vio implicado el demandante, que fue herido por su hermano, quien le disparó con un arma de fuego y luego se suicidó. El artículo contenía datos que permitían identificar al demandante (nombre, iniciales de los apellidos, dirección del domicilio familiar...) y además incluía una foto obtenida de su perfil de Facebook. El afectado interpuso demanda por lesión de su derecho a la intimidad y a la imagen. El TS consideró que no se había producido una intromisión en su derecho a la intimidad (reconocida, sin embargo, por la AP), por entender que, en un ámbito geográfico reducido como Zamora la información contenida en el artículo no aumentaba significativamente el conocimiento del hecho que podían tener sus convecinos. Sin embargo, concluyó que se había vulnerado el derecho a la propia imagen del demandante por las razones que se exponen en el texto y la siguiente nota. Sobre la inexistencia de lesión a la intimidad del demandante, *vid.* críticamente DE VERDA, 2017, pp. 306, 307 y 310; AGÜERO ORTIZ, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, pp. 150 ss.

⁷⁰ Como explica el TS, la finalidad de una cuenta abierta en una red social es solamente la comunicación de su titular con terceros, por lo que el consentimiento del titular de la imagen para que el público en general (o un cierto número de personas) pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta de una red social no conlleva autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla en una forma distinta. Tener una cuenta o perfil en una red social en Internet, en la que cualquier persona puede acceder a la fotografía del titular de esa cuenta, solo supone que el acceso a esa fotografía por parte de terceros es lícito.

⁷¹ El recurrente afirmaba que la imagen tenía carácter «accesorio», pero el TS señala que, dado que, la imagen publicada tenía como único protagonista al demandante, a quien identificaba directamente como víctima del suceso, no podía considerarse «accesoria» a efectos de la excepción del artículo 8.2.c) LO 1/1982. Sobre el concepto de «accesoriedad», *vid.* DE VERDA, 2017, pp. 311 y 312; FLORES ANARTE, *Estudios de Deusto*, 2020, pp. 347 y 348.

acaecido, ello no permite publicar una imagen de la víctima que no guarda relación con el mismo.

La doctrina sentada en esta sentencia, que fue confirmada por la STC 27/2020 –que destaca, entre otras cuestiones, que las redes sociales no pueden considerarse como «lugares públicos» en el sentido del artículo 8.2, a) LO 1/1982⁷²– ha sido reproducida por otras posteriores. La STS de 19 de diciembre de 2019 (RJ 2019/5259) se pronuncia sobre un supuesto similar al anterior (publicación de una foto extraída del perfil abierto de Facebook de un sujeto, con el fin de ilustrar una noticia)⁷³, con la diferencia de que en este caso la imagen utilizada pertenecía, no a la víctima, sino al presunto autor del suceso delictivo, lo que llevó al medio de prensa recurrente a insistir en la prevalencia, en el supuesto concreto, de la libertad de información sobre el derecho a la imagen del demandante, al estar acusado de un delito.

El TS, tras reiterar que la divulgación de una foto en un perfil abierto no implica consentimiento para la publicación de la misma en un medio de comunicación, niega que en el caso en cuestión pudiese operar la excepción del artículo 8.2.a) LO 1/1982, dado que, como indicó la STC 27/2020, las redes sociales no pueden considerarse «lugares públicos» a estos efectos. Sobre la existencia de un interés público que justificara la divulgación de la imagen, incide nuevamente en el hecho de que la proyección pública de una persona no justifica cualquier difusión de su imagen, ni, en concreto, la de imágenes del acusado «que carezcan de conexión con los hechos noticiables y cuya difusión no haya consentido expresa-

⁷² La STC incide en el hecho de que el subir o «colgar» una imagen en una red social tan solo implica consentimiento para ser observado en el lugar elegido (perfil, muro, etc.), no pudiendo entenderse que tal comportamiento implique un «acto propio» que pueda generar en terceros la confianza en torno a su libre utilización. La adhesión a las condiciones generales de la red social en ningún caso puede considerarse, como sostenía el recurrente, como una «manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada» dirigida a consentir el tratamiento indiscriminado de la imagen por un tercero, porque como regla los usuarios no leen las condiciones generales y no son conscientes de las consecuencias del otorgamiento de su consentimiento a la utilización del sitio web. Y, sobre la posible existencia de un interés público que justificara la publicación de la imagen sin consentimiento del titular, observa que concurre tal interés respecto de aquella imagen que verse «sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada», pero no cuando lo que se pretende es simplemente satisfacer la curiosidad ajena. Teniendo esto en cuenta concluye que, en el asunto enjuiciado, dado que la imagen publicada no guardaba relación con el trágico suceso objeto del que se informaba, resultaba innecesaria la reproducción de la misma, en tanto no contribuía realmente a la satisfacción de una finalidad informativa ni a la formación de una opinión pública libre.

⁷³ El diario digital «El Español» utilizó, para ilustrar un reportaje sobre la detención del demandante por abuso sexual a menores de edad, una foto, obtenida de su perfil de Facebook, en la que aparecía sujetando dos cachorros de perro ante una vivienda. El demandante interpuso una acción por lesión de su derecho a la imagen contra la sociedad editora y el periodista autor del reportaje.

mente», concluyendo que, en el supuesto en cuestión, al no guardar la imagen publicada ninguna conexión con los mismos, su difusión no estaba amparada por la libertad de información⁷⁴.

Por su parte la STS de 20 de julio de 2021 (RJ 2021/3664), en un supuesto en que para ilustrar sobre un proceso penal seguido contra la actora se utilizó una foto suya extraída de su perfil de Facebook⁷⁵, reitera la doctrina vertida en las dos sentencias ya citadas, insistiendo en que, aunque una persona adquiera relevancia pública si es condenada por un delito, ello no justifica que pueda utilizarse cualquier imagen suya sin conexión con los hechos noticiables.

Las sentencias mencionadas se refieren a la utilización de fotos extraídas del perfil público de una red social, por parte de medios de prensa, para ilustrar reportajes o noticias. Pero ¿qué sucede si quien divulga la foto de un tercero publicada voluntariamente en una red social es un usuario de esa misma plataforma o de otra similar?⁷⁶ Esta cuestión la aborda la ya mencionada STS de 20 de julio de 2018 (RJ 2018/2832), en un supuesto en que la demandada había publicado en twitter mensajes criticando las apariciones públicas del demandante mientras estaba de baja laboral, acompañando algunos de esos tuits con fotografías del mismo tomadas en dichos eventos y difundidas en diversas redes sociales por personas cercanas al demandante (su partido político, sus amigos...).

El TS considera que, a diferencia de lo estimado en su resolución de 15 de febrero de 2017, en este caso no existe intromisión en el derecho a la imagen del afectado y se basa, para ello, en que, mientras que la publicación de la foto de una persona extraída de su perfil de Facebook por un medio de comunicación no puede

⁷⁴ La interpretación realizada por el TS en estas sentencias es coherente, por otra parte, con la doctrina constitucional que, al interpretar la excepción del artículo 8.2.a) LO 1/1982 estima que no es lícita toda publicación de la imagen de una persona pública tomada en un lugar público, siendo necesario que la información gráfica difundida tenga relevancia pública, la cual no concurre cuando tiene por finalidad, simplemente la satisfacción de la curiosidad ajena. Sobre esta doctrina, a la que alude expresamente la mencionada STC 27/2020 en su FJ 2.º, *vid.* DE VERDA, *Derecho privado y Constitución*, 2015, pp. 427 ss.

⁷⁵ En este caso el TS consideró que se había producido, además de una vulneración del derecho a la imagen de la actora, una intromisión en su derecho al honor. Y ello porque, aunque la noticia relatada que la actora había sido condenada como autora de un delito de coacciones, el título y subtítulo del artículo en cuestión daba a entender que la demandante había intentado matar a su marido envenenándole. La sentencia analiza los requisitos de «relevancia pública» y «veracidad» para que prevalezca la libertad de información, y estima que, en el caso enjuiciado, el título y subtítulo de la noticia no cumplían el requisito de veracidad porque estaban desconectados del cuerpo de la información, que sí era veraz.

⁷⁶ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, AC, 2020, pp. 3, 6, 8 y 9, parece entender que la limitación en cuanto al uso de la imagen publicada en una red social se refiere exclusivamente a su utilización fuera de la propia red social, a través de medios ajenos a ésta, afirmando que «los usuarios de redes sociales deben asumir los actos que se consideran consustanciales, al concepto, naturaleza, función y esquema de las redes» y que «el reenvío, comentario, *likes*, o similares de tales contenidos es consustancial» a estos instrumentos.

considerarse «consecuencia natural» del carácter accesible de la foto en internet, no ocurre lo mismo cuando se trata de la «utilización privada en cuentas de Twitter (o de otras redes sociales) de particulares de las imágenes que se hallan disponibles al público en internet» (*vid.* FJ 7, puntos 5 y 6).

¿Significa esto entonces que cualquier particular puede hacer uso de las imágenes publicadas voluntariamente por un usuario, o por un tercero con su consentimiento, en un sitio web de acceso general? Atendiendo a lo expresado en alguno de los párrafos de esta sentencia podría pensarse que así es⁷⁷, pero debe tenerse en cuenta que en este caso concreto las fotos, aun referidas a un sujeto privado, habían sido tomadas en lugares públicos, y al hilo de la participación del afectado en actos políticos de carácter público⁷⁸. Posiblemente por ello la propia sentencia afirma también que «lo expuesto no obsta a la ilegitimidad de la publicación de imágenes cuando, aun encontrándose disponibles en Internet, *resulte evidente, por su contenido o por las circunstancias que las rodean*, que las mismas constituyen una intromisión ilegítima en derechos de la personalidad».

La duda que suscita esta sentencia es cómo saber, en la práctica, cuándo la utilización de la imagen de una persona publicada en acceso libre en internet es lícita y cuándo no es así. La solución –aunque no exenta de incertidumbre– pasa por comprobar si la utilización de la imagen por un tercero en «otra comunicación pública efectuada en internet» puede calificarse o no como «una consecuencia natural» de su publicación en libre acceso de acuerdo con los usos sociales.

Este es el criterio empleado por la SAP de 18 de octubre de 2018 (JUR 2020/59133), citada con anterioridad, en relación con la publicación por el demandado, en Facebook y Twitter, de fotos del

⁷⁷ El FJ 7.6 de la sentencia dice así «La inclusión de una imagen en un tuit equivale en buena medida a la inclusión en el propio tuit del enlace a la web en que tal imagen se halla, lo que puede considerarse como una “consecuencia natural” de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Los “usos sociales” legítimos de Internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien “retuiteando” el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un “link” o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen, conforme al artículo 2.1 LOPDH». (Los subrayados son míos).

⁷⁸ Aunque la sentencia no lo indica expresamente, da la sensación de que el TS viene a entender que, en ese caso concreto, quien acepta posar en la foto de un evento público, aceptando implícitamente que la misma será difundida con el fin de ilustrar sobre ese evento (sobre la posibilidad de que del consentimiento a la captación de una imagen pueda inferirse, excepcionalmente, autorización para su publicación *vid.* CASTILLA BAREA, 2011, p. 150), debe contar también con la posibilidad de que otras personas usen esa imagen con una finalidad similar.

demandante (Jefe del Servicio de Nefrología de un hospital de Granada), junto a un texto criticando su gestión. Las fotos habían sido difundidas inicialmente en el Twitter oficial del hospital con ocasión de un encuentro científico. La sentencia, haciéndose eco de la doctrina sentada en la STS de 20 de julio de 2018, considera que en el caso concreto no podía entenderse que la publicación de la imagen del actor en las redes sociales del demandado fuese una «consecuencia natural» de la publicación inicial, dado que la finalidad de una y otra era totalmente diferente. Por consiguiente, declara producida una intromisión en su derecho a la propia imagen. Además, según se deduce de otras resoluciones del TS que «interpretan» la doctrina de la repetida STS de 20 de julio de 2018, para que la utilización de la imagen pueda considerarse lícita será necesario que la imagen haya sido tomada en un lugar público y pueda presumirse que la publicación inicial contó con el consentimiento del interesado⁷⁹.

En cualquier caso, si las fotografías obtenidas de internet se utilizan con la finalidad de informar sobre un suceso de interés general y están directamente conectadas con la información suministrada, será lícita su publicación. Así se deduce de la STS de 28 de julio de 2022 (RJ 2022/3311). En varios reportajes de TV emitidos por Mediaset, relativos a una operación contra el narcotráfico en la que fue detenido el demandante, se mostraron fotos de éste que habían sido extraídas de un vídeo colgado en acceso público en Youtube por su hijo. Frente al criterio de las instancias inferiores, que consideraron que se había producido una intromisión ilegítima en su el derecho a la imagen del demandante, el TS mantiene lo contrario. Si bien afirma, en consonancia con sentencias anteriores, que el hecho de que los vídeos se hubiesen subido a Youtube con acceso público no implica que «quepa hacer un uso indiscriminado de los mismos», en este caso estima que debía prevalecer el derecho a la información. Y ello porque, a diferencia de lo sucedido en resoluciones anteriores, según el TS las fotos del demandante estaban conectadas con la información difundida pues se proyectaron para ilustrar el elevado nivel de vida del que disfruta-

⁷⁹ Las STS de 22 de octubre de 2020 (RJ 2021/3694) y de 28 de julio de 2022 (RJ 2022/331) al resumir la doctrina anterior sobre la posible utilización de imágenes accesibles en internet señalan que «en aquellos casos en que pueda razonablemente pensarse que la *fotografía de una persona en un acto público ha sido publicada previamente en internet con el consentimiento de la persona afectada*, en un determinado sitio web de acceso general (en ese caso, una cuenta de Twitter) *su utilización en otra comunicación pública efectuada en internet puede considerarse una “consecuencia natural” legitimada por los usos sociales* (S 476/2018, de 20 de julio)». A ello añade STS 22 octubre 2020 que «no obstante, *si no es razonable concluir que la publicación previa de la fotografía fue hecha con el consentimiento de su titular*, se produce una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen». (Los subrayados son míos).

ba el demandante y su familia, derivado supuestamente de ingresos provenientes del narcotráfico⁸⁰.

De lo expuesto se desprende que la publicación de fotos en redes sociales con perfil abierto no implica consentimiento a su divulgación por parte de terceros, ni tal comportamiento puede ser catalogado como un «acto propio» que genere en estos una confianza protegible en cuanto a su libre utilización. Sólo podrá considerarse lícito su uso por terceros cuando, tratándose de fotos tomadas en lugares públicos y publicadas presumiblemente con consentimiento del interesado, tal uso pueda considerarse «consecuencia natural» de su publicación en la red, ya que en tal caso cabe entender que quien publica o consiente la difusión de su imagen, debe contar con la posibilidad de que sea «reutilizada» por un tercero.

Así puede ocurrir cuando la imagen se usa con una finalidad similar a la inicial, dentro de la misma u otra red social. Por ejemplo, quien publica o consiente que se publique en un sitio web de acceso público una foto suya tomada en un evento público (v. gr. un mitin político, un concierto, etc.) ha de aceptar la posibilidad, conforme a los usos habituales en internet, de que la foto la utilice otro usuario para informar de ese evento. Sin embargo, no parece que pueda considerarse «consecuencia natural» de la publicación de la imagen en una red social, el que un tercero le emplee en un anuncio publicitario o que un medio de comunicación la use para informar de un suceso sin conexión alguna con ese evento⁸¹.

El hecho de que la imagen publicada en internet pertenezca a una persona pública (bien porque ya lo era o bien porque adquiere notoriedad a consecuencia de su participación en un hecho noticia-

⁸⁰ La sentencia incide en el hecho de que las fotos no se correspondían con momentos íntimos o especialmente privados, y afirma que en este caso existe, por parte del actor «una ostentación pública de una elevada capacidad económica». Posiblemente insiste en esta cuestión porque en la S. 20 julio 2018 se supeditaba la licitud de la utilización de la imagen disponible en internet a que hubiese sido tomada en eventos públicos. Pero tales afirmaciones pueden llevar a confusión. Téngase en cuenta que en principio la vulneración del derecho a la propia imagen no exige que se capte al afectado en momentos de su vida privada, ni es necesario que se vulnere, al mismo tiempo, su derecho a la intimidad. Uno y otro son derechos autónomos, como ha reconocido con frecuencia el TC y como mantuvo, con claridad, la STS 15 febrero 2017 (sobre la autonomía del derecho a la imagen, *vid. DE VERDA, Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017, pp. 303-306; FLORES ANARTE, *Estudios de Deusto*, 2020, 356-358). Y como también afirmó la STC 27/2020, la defensa de la imagen de la persona comprende las llamadas «fotografías neutrales», es decir, aquellas que no contienen información gráfica sobre la vida privada o familiar del retratado, pero muestran su aspecto físico de forma que lo haga reconocible.

⁸¹ Así, por ejemplo, no hay duda que constituye una intromisión ilegítima la publicación de fotos de una modelo en ropa interior, obtenidas de su perfil público de Instagram, en una publicación deportiva de usuarios mayoritariamente masculinos (cfr. STS de 20 de abril, RJ 2021/1529). E igualmente es claro que constituye una intromisión ilegítima la utilización de fotos extraídas del perfil de Facebook de la afectada, que la demandada envió por Whatsapp a un tercero con quien mantenía conversaciones eróticas, con el fin de hacerse pasar por aquella (SAP de 29 de noviembre de 2019, AC 2020/434).

ble) no altera por sí solo, a la vista de lo afirmado por el TS en las sentencias examinadas, la conclusión anterior⁸². Sólo será posible su utilización por un medio de prensa sin consentimiento del titular si la imagen en cuestión está directamente conectada con el hecho del que se informa, de modo que sirve a un fin informativo de interés general, en cuyo caso prevalecerá la libertad de información.

3. LAS MEDIDAS DE TUTELA DEL ARTÍCULO 9 LO 1/1982: SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS REDES SOCIALES

A tenor de la jurisprudencia analizada, en los casos de vulneración de derechos de la personalidad a través de redes sociales y servicios equivalentes, de entre las medidas de tutela contempladas en el artículo 9 LO 1/1982, además de la declaración de la existencia de la intromisión ilegítima⁸³, las que suelen emplearse en la práctica para reparar el perjuicio causado son la indemnización del daño derivado de la intromisión, la publicación de la sentencia condenatoria, o su encabezamiento y fallo, en el mismo medio en que tuvo lugar la intromisión y la retirada de los contenidos lesivos de la red social, página web, foro, etc. en la que estos fueron difundidos (reconducible a la acción de cesación)⁸⁴. A ellas nos referimos a continuación.

3.1 LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

Por lo que respecta a la publicación de la sentencia condenatoria, hay que observar que, en la actualidad, y tras la reforma practicada

⁸² Algunos autores han entendido que si quien publica su imagen en abierto en la red es una persona pública, no habría obstáculo para la utilización de dicha imagen por terceros. Así FLORES ANARTE, *Estudios de Deusto*, 2020, pp. 372 y 373; DE VERDA, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017, p. 309, para el supuesto en que una persona «es conocida y se informa de un suceso de relevancia social».

⁸³ Como observa LÓPEZ ORELLANA, 2007, p. 328, la propia declaración de haberse infringido el derecho fundamental y producido su intromisión ilegítima, es pronunciamiento esencial de la sentencia, al ser base de las medidas reparatorias e indemnizatorias del daño producido.

⁸⁴ Aunque el artículo 9.1.c) permite asimismo adoptar las medidas necesarias para «prevenir intromisiones inminentes o ulteriores», en los casos analizados no suele incluirse esta solicitud en la demanda, siendo pocos los supuestos en que se pide la condena del demandado a abstenerse de intromisiones futuras en los derechos lesionados. Se incluyó no obstante esta petición en los asuntos resueltos por las SSTs de 20 de julio de 2018 (RJ 2018/2832); de 12 de junio de 2020 (RJ 2020/5120); de 17 de julio de 2020 (RJ 2020/2695), y, asimismo, en el enjuiciado en la SAP Granada de 18 de octubre de 2019 (JUR 2020/59133).

por la LO 5/2010, la misma está prevista en el artículo 9 LO 1/1982 para el supuesto en que se lesiona el derecho al honor. De ahí cabe deducir que no procede esta medida cuando el derecho vulnerado es la intimidad –lo cual es lógico porque la difusión de la sentencia podría provocar el efecto contrario al pretendido⁸⁵– e, igualmente, que tampoco procederá si el derecho infringido es la imagen del actor⁸⁶. Esta interpretación, sin embargo, no es unánime en los tribunales. De hecho, en la STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017/302), relativa a la utilización en prensa de una foto extraída del perfil de Facebook del demandante, el Alto Tribunal condenó al periódico demandado a publicar a su costa un resumen de la parte dispositiva de la sentencia en la misma sección donde había divulgado la fotografía del demandante. También se contempla la difusión de la resolución condenatoria en la STS de 10 de diciembre de 2019 (RJ 2019/5259), que enjuicia una hipótesis similar de lesión del derecho a la imagen del actor, aunque aquí el TS se limitó a confirmar los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia⁸⁷. En relación con ello resulta de interés la reciente STS de 27 de abril de 2022 (RJ 2022/3470) que viene a aclarar la cuestión⁸⁸. En esta resolución el Alto Tribunal, tras reconocer que no existe una línea uniforme en lo que respecta a la publicación de la sentencia en los casos de lesión de la intimidad o la imagen, interpreta que la nueva redacción del artículo 9 no impide la adopción de tal medida cuando los derechos lesionados son éstos. Significa, simplemente, que mientras que en el caso de vulneración del derecho al honor la ley da por sentado que la publicación de la sentencia es necesaria para restablecer el derecho violado, cuando se trata del derecho a la intimidad o la imagen, el demandante deberá justificar que la

⁸⁵ Así lo indica la citada STS de 20 de julio de 2019 (RJ 2918/2832) que considera improcedente la condena a publicar la sentencia porque en el caso enjuiciado consideró vulnerada la intimidad del demandante, pero no su derecho al honor. En el mismo sentido la STS de 15 de diciembre de 2020 (RJ 2020/4387), de interés también porque recoge la doctrina jurisprudencial sobre cuándo procede publicar únicamente el encabezamiento y fallo de las sentencias.

⁸⁶ Así lo estima la STS de 7 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5218).

⁸⁷ Es de destacar, sin embargo, que dicha sentencia revoca el pronunciamiento de la AP que ordenó publicar también una nota con información rectificadora, por entender que, aunque el artículo 9.2 LO 1/1982 en su redacción actual no establece medidas tasadas, si la finalidad perseguida era transmitir «el mensaje rectificador de manera más directa y eficaz» para ello bastaba con publicar un resumen del contenido de la sentencia.

⁸⁸ Esta sentencia versa sobre un reportaje en el que se informaba de la presunta implicación del demandante en una trama de evasión de impuestos, pero en el que, además, se difundieron hechos íntimos e incluso una foto de su primera comunión. Aunque se entendió que no hubo vulneración de su derecho al honor, sí se consideró existente una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y la imagen. El TS, tras realizar las consideraciones expresadas en el texto, consideró, sin embargo, que el demandante no había justificado que fuese necesaria la publicación de la sentencia para restablecer sus derechos o prevenir futuras intromisiones.

misma resulta necesaria atendiendo a las circunstancias concurrentes, cosa que en el supuesto enjuiciado el TS entendió que no se había demostrado.

Lo habitual es que se ordene publicar la sentencia en el mismo medio o medios digitales a través de los que tuvo lugar la intromisión⁸⁹, aunque en algún caso se obliga a hacerlo también en diarios de tirada nacional⁹⁰ o local⁹¹. En ciertas ocasiones se especifica el periodo temporal durante el cual debe mantenerse publicada la resolución condenatoria en la red social o plataforma de que se trate⁹². Aunque hay autores que consideran que la indemnización debe quedar reservada para el supuesto en que la lesión del derecho de que se trate no puede ser reparada mediante el recurso a otras medidas⁹³, como puede ser la publicación de la sentencia que declara la existencia de la intromisión ilegítima, lo cierto es que en la práctica se suele condenar al demandado a ambas cosas (así

⁸⁹ SSTs de 21 de marzo de 2022 (RJ 2022/1423) en Facebook; de 22 de febrero de 2022 (RJ 2022/986), en Facebook; de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021/640) en Facebook; de 17 de julio de 2020 (RJ 2020/2695), en el blog del demandado; de 1 de julio de 2020 (RJ 2020/5136), en Twitter y en ABC digital; de 10 de junio de 2020 (RJ 2020/2292), en Facebook, Twitter y en el blog del demandado; de 23 de abril de 2019 (RJ 2019/1376) en la web de *El Periodista digital* y en la cuenta de Twitter del demandado; de 3 de abril de 2019 (RJ 2019/1214) en Facebook; de 27 de enero de 2017 (RJ 2017/369) en el blog del demandado. Entre las Sentencias de Audiencias, *vid.* SAP Barcelona de 17 de septiembre de 2020 (JUR 2020/315895); SAP Granada de 18 de octubre de 2019 (JUR 2020/59133); SAP Burgos de 30 de septiembre de 2019 (JUR 2019/313364); SAP Valladolid de 17 de noviembre de 2017 (AC 2017/1926); SAP Madrid, de 24 de enero de 2017 (AC 2017/266) y de 27 de enero de 2016 (AC 2016/413); SAP Valencia de 5 de diciembre de 2014 (AC 2015/633).

⁹⁰ La STS de 21 de marzo de 2018 (RJ 2018/116) mantiene la condena a publicar el encabezamiento y fallo de la sentencia, además de en el diario digital donde se publicaron los artículos ofensivos y la cuenta de twitter del demandado, en dos diarios de tirada nacional. Por el contrario, en el supuesto resuelto por la STS de 21 de marzo de 2022 (RJ 2022/1423) se condenó a publicar la sentencia en Facebook, donde se divulgaron los comentarios injuriosos, pero no en el periódico de mayor difusión de Badajoz como también solicitaba el demandante.

⁹¹ Así en la SAP Málaga de 14 de junio de 2016 (AC 2016/136) que condena a publicar el encabezamiento y fallo de la sentencia en dos periódicos locales de Melilla a pesar de que la intromisión tuvo lugar mediante la publicación en Facebook y en un diario digital de una carta con información difamatoria para el actor.

Sobre dónde, cómo y cuánto tiempo ha de publicarse la sentencia cuando la intromisión tiene lugar en el entorno digital *vid.* también CÁMARA LAPUENTE, *RDC*, 2020, pp. 167 y 168.

⁹² Por ejemplo, la STS de 21 de marzo de 2022 (RJ 2022/1423) exige el mantenimiento de la publicación durante un mínimo de seis meses. La de 20 julio de 2021 (RJ 2021/3664) obliga a publicar la sentencia en la web del periódico demandado durante un mes desde la firmeza de la resolución. La STS de 9 febrero de 2021 (RJ 2021/640) impone un plazo de veinte días y la de 17 julio de 2020 (RJ 2020/2695) condena a publicar el encabezamiento y fallo de la sentencia en el blog del demandado durante seis meses. Se refiere al posible establecimiento de un plazo durante el que debe estar publicada la sentencia, RUDA GONZÁLEZ, 2019, pp. 433-436.

⁹³ Para algunos autores la indemnización del daño solo tiene sentido cuando no ha podido repararse la lesión a través de otras vías. *Vid.* ATIENZA NAVARRETE, 2007, p. 288. De la misma autora, 2015 (versión digital), RB 9.2. YZQUIERDO TOLSADA, *ob. cit.*, p. 1463, considera también que la indemnización debe operar solo cuando la restauración del derecho lesionado a través de otros medios «sea incompleta».

como, habitualmente, a la retirada de los contenidos lesivos). De hecho, la STS de 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5573), en un supuesto en que se había concedido al demandante una indemnización simbólica de 0 euros por entender que la publicación de la sentencia era suficiente para considerar reparado el daño, niega que la adopción de tal medida pueda excluir la reparación del daño moral derivado de la intromisión⁹⁴.

3.2 LA ACCIÓN DE CESACIÓN

El artículo 9.2 LO 1/1982 faculta a la víctima para solicitar «el cese inmediato de la intromisión», y es evidente que cuando la intromisión es consecuencia de la difusión de contenidos disponibles en internet, para evitar que la misma siga produciéndose es necesario ordenar su retirada. En el ámbito que nos movemos lo habitual es que se condene al demandado a retirar los contenidos (información, comentarios, fotos, etc.) lesivos de la red social web, blog, foro, etc., en que se hayan sido publicados⁹⁵, añadiendo alguna sentencia que deben adoptarse las medidas necesarias para eliminar los enlaces a dicho contenido⁹⁶. De hecho en los casos en los que no se adopta esta medida es por falta de solicitud del demandado⁹⁷. Ahora bien, la condena a eliminar los contenidos que el demandante considera perjudiciales presupone que se haya declarado la existencia de la intromisión ilegítima. De ahí que no sea posible obtener esta medida en los casos en que, siendo la información objetivamente falsa (y considerando el afectado que lesiona su honor) cumple sin embargo el requisito de «veracidad», por haber empleado el informante la diligencia debida. En tal hipó-

⁹⁴ Frente a ello, la SAP Valladolid de 17 de noviembre de 2018 (AC 2017/1926), rebaja el importe de la indemnización fijado por el Juzgado por estimar que la publicidad del fallo de la sentencia supone que parte del daño moral sea resarcido «de forma directa y eficaz» (FJ 3.º). Sobre indemnizaciones de carácter simbólico *vid.* nota 116.

⁹⁵ Cfr. SSTS de 22 de febrero de 2022 (RJ 2022/986); de 20 de julio de 2021 (RJ 2021/3664); de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021/640); de 17 de julio de 2020 (RJ 2020/2695); de 1 de julio de 2020 (RJ 2020/5136); de 10 de junio de 2020 (RJ 2020/2292); de 19 de diciembre de 2019 (RJ 2019/5359); de 3 de abril de 2019 (RJ 2019/1214); de 20 de julio de 2018 (RJ 2018/2832); de 27 de enero de 2017 (RJ 017/369); de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017/302). *Vid.*, también, SSAP Barcelona de 17 de septiembre de 2020 (JUR 2020/315895); Granada de 18 de octubre de 2019 (JUR 2020/59133); Asturias de 20 de julio de 2018 (JUR 2018/284984); Madrid, de 24 de enero de 2017 (AC 2017/266); Valencia de 5 de diciembre de 2014 (AC 2015/633).

⁹⁶ STS de 20 de julio de 2021 (RJ 2021/3664).

⁹⁷ Por ejemplo, SSTS de 21 de marzo de 2022 (RJ 2022/1423); de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021/640); de 23 de abril de 2019 (RJ 2019/1376); de 21 de marzo de 2018 (RJ 2018/1116); SAP Burgos de 30 de septiembre de 2019 (JUR 2019/313364); SAP Madrid de 27 de enero de 2016 (AC 2016/413).

tesis cabrá plantearse la aplicación del derecho al olvido regulado en el artículo 94 LOPD (*infra*, ep. 5).

3.3 LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

En la generalidad de los supuestos de intromisión en los derechos de la personalidad, el demandante, además de pedir, en su caso, la publicación de la sentencia y la retirada de las publicaciones digitales de que se trate, solicita una indemnización. En relación con esta acción de responsabilidad conviene hacer algunas observaciones.

En primer lugar, la doctrina discute si la responsabilidad derivada de la existencia de una intromisión ilegítima es subjetiva u objetiva⁹⁸. Cuando la intromisión resulta de la publicación de información falsa o inexacta el requisito de la «veracidad» para que prevalezca la libertad de información se identifica con la «diligencia» del informante a la hora de contrastar la información. De ahí que pueda entenderse que la responsabilidad es, en tal caso, subjetiva⁹⁹.

Ahora bien, en realidad en ese supuesto no es que el informante no incurra en responsabilidad por haber actuado diligentemente. Lo que sucede, en rigor, es que la diligencia a la hora de contrastar la información excluye la existencia de intromisión ilegítima, pues prevalece en tal caso (si la información es de interés público) la libertad de información. De hecho, es por ese motivo por lo que, como se avanzó al principio, se impide en la práctica al perjudicado por la información falsa recurrir a otras medidas de tutela.

Por ello, y con independencia de las críticas que merece esta última postura¹⁰⁰, me parece que el deber de indemnizar es, en la práctica, consecuencia directa de la ilegitimidad de la intromisión, de modo que, una vez constatada ésta, el autor de la misma incurre en responsabilidad. Cuestión distinta es que, para determinar si el

⁹⁸ Consideran que la responsabilidad es objetiva, entre otros, O'CALLAGHAN, 1991, p. 202; ESTRADA ALONSO, 1989, pp. 189 y 190; CREVILLÉN SÁNCHEZ, 1995, p. 71; GRIMALT, 2007, p. 143;

Estiman que es necesaria la culpa del demandado, HERRERO TEJEDOR, 1994, p. 248; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, 1996, p. 108; CONTRERAS NAVIDAD, 2012, pp. 87 y 98.

Otros autores no se decantan claramente por una u otra opción, indicando que deberá valorarse en cada caso concreto, ATIENZA NAVARRETE, 2015, RB 9.2.

⁹⁹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, 2014, p. 1397.

¹⁰⁰ En mi opinión la diligencia a la hora de contrastar la noticia sólo debería excluir la posibilidad de pedir indemnización, pero no la existencia de la intromisión ilegítima. No obstante, hay que reconocer que, a la vista del texto legal y la jurisprudencia sobre el conflicto entre la libertad de información y expresión y los derechos al honor, intimidad e imagen, es difícil llegar a esta conclusión.

comportamiento del demandado constituye una intromisión ilegítima, se valore en ciertos casos su diligencia¹⁰¹.

Esta afirmación hay que entenderla referida al autor de la intromisión ilegítima, es decir, a quien publica o difunde la información falsa o lesiva para la intimidad ajena, los comentarios injuriosos, o la imagen de un tercero sin su consentimiento y sin que concurra ninguna de las excepciones permitidas en la ley. Cuando se trata, sin embargo, de la responsabilidad del sujeto que facilita los medios técnicos para difundir en internet los datos conflictivos (el proveedor de la red social o el titular de la web, foro, blog, etc., que permite a terceros introducir contenidos), no parece ser suficiente que a través del medio digital en cuestión se haya cometido una intromisión, siendo necesario, como luego se verá, que el intermediario haya actuado negligentemente al albergar los contenidos ajenos (*infra*, ep. 4).

Cabe preguntarse, por otra parte, si, constatado que ciertos contenidos o información lesionan los derechos de la personalidad ajenos, puede imputarse responsabilidad, además de al autor de la intromisión ilegítima, a quien se ha limitado a replicar, en su cuenta de Twitter o en su perfil de Facebook, blog, etc., tales contenidos. En las sentencias analizadas no se plantea esta cuestión, cuya solución es dudosa. En mi opinión para imputar responsabilidad a tales sujetos será necesario, como regla general, que hayan actuado de manera culposa o negligente contribuyendo con su comportamiento a la expansión del daño derivado de la intromisión inicial. Así, en los casos en que la ilicitud del contenido en cuestión es patente, como sucedería, por ejemplo, si se retuitea o comparte de otro modo (*v. gr.* en el muro de Facebook) un comentario insultante o claramente ofensivo, quien replica el mensaje deberá responder frente a la víctima, no solo porque su comportamiento supone un nuevo acto de vulneración del derecho de la personalidad del afectado, sino, en particular, porque su comportamiento debe considerarse negligente¹⁰². Esta regla me parece igualmente

¹⁰¹ Cuando se trata de expresiones injuriosas que lesionan el honor ajeno o cuando se trata de lesiones a la intimidad o a la imagen no parece exigirse, para considerar ilegítima la intromisión, la prueba de la culpa del demandado si bien cabría pensar que quien se excede en los límites de la libertad de expresión actúa implícitamente de manera negligente, o que quien divulga una información íntima relativa a un tercero o utiliza una imagen sin autorización de su titular y sin que concurra alguna de las excepciones previstas en la ley no actúa con la diligencia debida.

¹⁰² GRIMALT, 2017, p. 81, observa, en este sentido, que en los supuestos en que el primer mensaje de Twitter o la página web que se pretende enlazar vulneran claramente el honor, la intimidad o la imagen de un tercero, los autores del retuit o los enlaces, en tanto coadyuvan a «expandir» el daño, deben responder frente a la víctima (tanto ex artículo 9.3 LO 1/1982, en cuyo caso la responsabilidad sería en su opinión objetiva, como ex artículo 1902 CC, porque habría una conducta dolosa). HERRERA DE LAS HERAS, 2017, p. 75, considera que quien comparte calificativos ofensivos debe asumir las consecuencias que el

aplicable al supuesto en que se suministra un enlace a contenidos claramente injuriosos¹⁰³.

Más dudosa es la situación si lo que es objeto de retuit o redifusión es la imagen de una persona que se encuentra disponible en la red. De la jurisprudencia analizada con anterioridad y, en concreto, de la STS de 20 de julio de 2018 (RJ 2018/2832), se deduce que la utilización de imágenes tomadas en actos públicos será lícita si cabe presuponer que la misma se publicó con el consentimiento del afectado, su ulterior difusión puede considerarse «consecuencia natural» de su publicación en libre acceso, y no resulta evidente, «por su contenido o por las circunstancias» concurrentes, que la publicación de la imagen constituye una intromisión ilegítima (*vid. supra*, ep. 2.3). En caso contrario el comportamiento de quien utiliza¹⁰⁴ la imagen ajena podrá considerarse como una intromisión ilegítima, generando, por tanto, responsabilidad.

Cuando lo que se replica es información de relevancia pública difundida por terceros que, por su falsedad o inexactitud, puede lesionar el derecho al honor de otra persona, siempre que la falsedad de la información no sea evidente, puede considerarse aplicable la doctrina del reportaje neutral¹⁰⁵ –aunque esto exigiría que se identificara claramente la fuente de información y que no se añadieran consideraciones o juicios de valor¹⁰⁶– en cuyo caso no habría intromisión ilegítima ni, por tanto, responsabilidad¹⁰⁷. En el

insulto puede acarrear. No obstante, si quien comparte los comentarios difamatorios los elimine con posterioridad, estima que podría «atenuarse» su responsabilidad.

¹⁰³ GRIMALT, 2017, p 82, opina que la responsabilidad de quien enlaza debe basarse en el artículo 1902. Al respecto conviene advertir que, aunque la STEDH 4 diciembre 2018 (caso *Magyar Jeti Zrt v. Hungary*) núm. 11257/16, consideró que no debía imputarse responsabilidad a un portal de noticias que, en un artículo, incluyó un enlace a un vídeo que luego fue declarado lesivo para el honor de cierto partido político, de ella no cabe deducir que el acto de enlazar contenidos ajenos no pueda generar responsabilidad. El TEDH señala que la cuestión hay que valorarla caso por caso teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, si quien enlaza el contenido en cuestión *puede o no conocer que el mismo es difamatorio o ilícito* (párrafo 77). Y, justamente, en el asunto enjuiciado el carácter difamatorio del vídeo enlazado no era a juicio del TEDH, nada claro (según el tribunal europeo el autor del enlace bien pudo entender que entraba dentro de la crítica permitida en el ámbito político). Por tal motivo estimó que el demandante no debía haber sido condenado por los tribunales húngaros.

¹⁰⁴ El hecho de publicar un enlace a una página que incluye ilícitamente una imagen ajena estimo, sin embargo, que no debería generar responsabilidad ya que tal comportamiento no me parece que pueda considerarse como un acto de «utilización» de la imagen de un tercero, ni implica, propiamente, su «captación, reproducción o publicación» (art. 7.5 y 6 LO 1/1982).

¹⁰⁵ Sobre ella *vid.* DE VERDA/VIDAL ALONSO, 2015, a) (III), RB 3.4; YZQUIERDO TOLSADA, 2014, pp. 1401 ss.

¹⁰⁶ En este sentido CASTELLS SOMOZA, *Cuadernos de Derecho Privado*, 2022, pp. 63 y 64, en relación con el supuesto de difusión de información falsa y, en general, «desinformación», con independencia del tipo de daño que pueda generar.

¹⁰⁷ *Vid.* GRIMALT, 2017, pp. 82 y 83. DE LA IGLESIAS PRADOS, 2018, RB-11.4, considera que quien difunde declaraciones realizadas por otro no sería responsable, por aplicación de la doctrina del reportaje neutral, a menos que se trate de manifestaciones ofensivas

supuesto en que la información no se replique, sino que se enlace, se darán probablemente, con mayor razón, los elementos necesarios para que opere la mencionada doctrina.

Si la información carece de relevancia pública y, además de afectar, en su caso, al honor de otra persona, se refiere a datos de su esfera privada y puede vulnerar su intimidad, cabe entender que quien replica tal información, al menos si tales circunstancias son evidentes, incurre en responsabilidad, además de porque se lleva a cabo un nuevo acto de intromisión, porque tal actuación podría considerarse negligente ex artículo 1902. Lo mismo podría decirse de quien enlaza dicha información¹⁰⁸.

Respecto de la responsabilidad de quienes enlazan contenidos claramente difamatorios o lesivos para la intimidad de un tercero, cabría argumentar que a tales sujetos les es aplicable la exención prevista en el artículo 17 LSSI para los proveedores de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, precepto éste que les exime de responsabilidad siempre que no hayan tenido conocimiento efectivo de la ilicitud de la información a que remiten o que, si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace¹⁰⁹. Dicha exención de responsabilidad, que no aparecía en la Directiva 2000/31, ha sido construida por el legislador español a imagen y semejanza de la prevista para los prestadores de servicios de almacenamiento de datos en el artículo 16 LSSI, lo que implica que para interpretarla debe considerarse aplicable la doctrina vertida por la jurisprudencia en torno a este precepto y, concretamente, en lo que respecta a la noción de «conocimiento efectivo»¹¹⁰. Pues bien, dado que la jurisprudencia interpreta el concepto de «conocimiento efectivo» de forma que incluye en él la mera posibilidad de conocimiento del carácter lesivo o ilícito de los contenidos en cuestión (*vid. infra*, ep. 4), la aplicación del artículo 17 LSSI no llevaría a distinta conclusión. Así, toda vez que quien publica un enlace pueda detectar fácilmente la ilegalidad de la información enlazada, tendría «conocimiento efectivo» de la ilicitud, e incurriría en responsabilidad.

En el supuesto en que pueda identificarse tanto al autor de la intromisión ilegítima original, como a los sujetos que, al replicar la

sin relevancia o interés público, que la información claramente carezca de verosimilitud o que se tergiversen las declaraciones difundidas o se lleven a cabo valoraciones ilícitas adicionales.

¹⁰⁸ No creo que pueda alegarse que con frecuencia los usuarios no leen la información que enlazan (HERRERA DE LAS HERAS, 2017, p. 72) pues esto, en todo caso, implicaría una actuación negligente (art. 1902).

¹⁰⁹ *Vid.* BUSTO LAGO, 2014, pp. 695 ss.

¹¹⁰ En este sentido, la STS de 4 de marzo de 2013, RJ 2013/3380, que consideró finalmente que la demanda contra Google no debía prosperar porque la falsedad de la información difundida en las webs enlazadas no era evidente.

información o contenidos de que se trate, han llevado a cabo nuevos comportamientos susceptibles de generar responsabilidad, podría demandarse a todos ellos¹¹¹, en cuyo caso cabe pensar que, si no puede determinarse en qué medida cada uno de los implicados ha contribuido a causar el daño, podrían ser condenados a indemnizar solidariamente a la víctima.

Centrándonos ahora en la indemnización, es sabido que siempre que se acredite la existencia de una intromisión ilegítima, de acuerdo con el artículo 9.3 LO 1/1982, se presume la existencia de daño. La doctrina apunta que esta presunción debe considerarse referida al daño moral, no al patrimonial, que debe ser objeto de prueba¹¹². Así lo mantuvo claramente en su momento la STS de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2002/19274) aunque la mayoría de las resoluciones del TS no suelen hacer tal distinción y se limitan a afirmar que la presunción del artículo 9.3 tiene carácter «*iuris et de iure*»¹¹³. Lo cierto es, sin embargo, que parecen vincularla al daño moral¹¹⁴. De hecho, de la STS de 17 de julio de 2020 (RJ 2020/2695), anteriormente citada, se deduce que la presunción solo abarca el daño moral, pues descarta la indemnización del daño patrimonial supuestamente causado a las empresas demandantes por la campaña de desprestigio llevada a cabo en su blog por el demandado, por falta de prueba¹¹⁵.

En cuanto a la cuantificación del daño moral derivado de la intromisión¹¹⁶, los parámetros que se tienen en cuenta cuando la

¹¹¹ HERRERA DE LAS HERAS, 2017, p. 78, estima, en este sentido, que deben responder del daño todos quienes hayan contribuido a crearlo.

Por lo que respecta a las posibles medidas de cesación habrá que tener en cuenta la forma en que se ha llevado a cabo la réplica de la información. En el caso concreto de Twitter advierte RUDA GONZÁLEZ, 2019, p. 432, que la supresión de un tuit no elimina el tuit original. Habrá que solicitar, por tanto, la supresión de este último, que sí implica la eliminación en cadena de todos sus retuits.

¹¹² O'CALLAGHAN, 1991, p. 208; YZQUIERDO TOLSADA, 2014, pp. 1452 y 1453; ATIENZA NAVARRETE, 2015, R.B. 9.4; GRIMALT, 2007, p. 140; RUDA, 2019, p. 417.

¹¹³ Pueden verse, entre otras, las SSTS de 21 de diciembre de 2021 (RJ 2022/225); de 27 de abril 2021 (RJ 2021/1993); de 20 de abril de 2021 (RJ 2021/1529); de 17 de julio de 2020 (RJ 2020/2695); de 2 de junio de 2020 (RJ 2020/1567); de 21 de junio de 2018 (RJ 2018/2771); de 5 de junio de 2014 (RJ 2014/3087), de 22 de enero de 2014 (RJ 2014/998).

¹¹⁴ Así se desprende del hecho de que las sentencias citadas en la nota anterior se invoque el carácter *iuris et de iure* de la presunción para justificar que la imposibilidad de valorar objetivamente el daño moral no impide al juez su cuantificación, indicándose que: «... dada la presunción *iuris et de iure*, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso...».

¹¹⁵ La SAP Madrid de 24 de enero de 2017 (AC 2017/266) considera igualmente no probado el daño patrimonial reclamado por el demandante a consecuencia de la lesión de su derecho al honor.

¹¹⁶ Conviene advertir que la jurisprudencia viene afirmando reiteradamente que no caben en este ámbito las indemnizaciones de carácter simbólico –v. gr. SSTS de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023/55956); de 2 de junio de 2020 (RJ 2020/1567); de 25 de

misma se ha llevado a cabo a través de medios digitales son los habituales, esto es, los establecidos en el artículo 9.3, que alude a las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión y la difusión o audiencia del medio¹¹⁷. Aunque la cuestión de la valoración del daño no suele tener acceso a casación¹¹⁸ en los casos en que el TS se ha pronunciado al respecto, bien para confirmar los criterios empleados por los tribunales de instancia, bien para fijar directamente la indemnización, ha tenido en cuenta la gravedad de la lesión, que viene determinada –además de por los derechos que han sido vulnerados¹¹⁹– por la entidad de las ofensas¹²⁰, su número

septiembre de 2008 (RJ 2008/5573); de 2 de diciembre de 2011 (RJ 2012/35); de 28 de abril de 2003 (RJ 2003/3548); de 18 de noviembre de 2002 (RJ 2002,1026)– y es que, como ya apuntaba MARTÍN CASALS, 1990, pp. 394 y 395, si de lo que se trata es de «deklarar» derechos, para ello ya contamos con la acción declarativa dirigida a constatar la existencia de la intromisión ilegítima. El TS afirma además (S de 2 de diciembre de 2011, RJ 2012/35) que, tratándose de la tutela de derechos fundamentales, si la indemnización solicitada es simbólica se convierte la garantía jurídica en un acto meramente formal incompatible con el relieve de los intereses en juego. Ahora bien, la jurisprudencia habla también de indemnizaciones de carácter simbólico cuando por su escasa cuantía carecen de contenido reparador, considerándolas improcedentes porque, en palabras del TS, «tienen un efecto disuasorio inverso» en la medida que no disuaden al infractor de persistir en su actividad ilícita y sin embargo disuaden al perjudicado de entablar la correspondiente demanda para proteger un derecho fundamental, dado que no solo no compensarán el daño moral padecido sino que es posible que tampoco cubran los gastos procesales. Así lo ha mantenido el Alto Tribunal fundamentalmente en relación con lesiones al derecho al honor por inclusión indebida en registros de morosos. Entre otras, SSTS de 14 de febrero de 2023 (RJ 2023/80687); de 6 de octubre de 2022 (RJ 2020, 1567); de 14 de octubre de 2021 (RJ 2021/4501); de 9 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4020); de 27 de febrero de 2020 (RJ 2020/613); de 23 de abril de 2019 (RJ 2019/1775); de 21 de junio de 2018 (RJ 2018/2771); SSTS de 21 de septiembre de 2017 (RJ 2017/4056); de 4 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6360).

¹¹⁷ Como se sabe, tras la reforma de 2010 ha desaparecido el relativo al beneficio obtenido por el causante de la lesión, configurándose ahora como autónoma la acción para reclamar el lucro obtenido por causante de la intromisión. *Vid.* YZQUIERDO TOLSADA, 2014, pp. 1455 y 1456.

¹¹⁸ Es sabido que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones corresponde al tribunal de instancia y solo es susceptible de revisión «por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía de la indemnización». *Vid.*, entre otras, SSTS de 20 de julio de 2021 (RJ 2021/3664); de 27 de enero de 2017 (RJ 2017/369); de 7 de julio de 2016 (RJ 2016/2434); de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4428).

¹¹⁹ Es evidente que el daño causado es más amplio si se vulneran varios derechos de la personalidad. Así, por ejemplo, la STS de 27 de enero de 2017 (RJ 2017/369) pone de relieve que se lesionó tanto el honor como la intimidad de la demandante, y confirma la indemnización de 18.000 euros acordada por la instancia. La STS de 20 de julio de 2021 (RJ 2021/3664) tiene en cuenta que la intromisión afectó tanto al honor como la imagen de la actora (se sugirió falsamente en un diario digital que había envenenado a su marido, y se ilustró la noticia con foto extraída del perfil de Facebook de la demandante), manteniendo la condena a indemnizar 50.000 euros por lesión del honor y 5.000 euros por la intromisión en el derecho a la imagen. La STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017/302) por el contrario, rebaja a la mitad (15.000 euros) el importe de la indemnización acordada por la AP (que fue de 30.000) por entender que no se había producido una intromisión en el derecho a la intimidad del demandante sino solo a su imagen.

¹²⁰ La STS de 27 de enero de 2017 (RJ 2017/369), citada en la nota anterior, confirma la sentencia recurrida (que estableció una indemnización de 18.000 euros) señalando que la lesión del derecho al honor de la demandante fue particularmente intensa al presen-

y persistencia¹²¹, y el efecto que pueden producir en el demandante y su círculo más cercano¹²². En cuanto a la difusión, aunque cuanto mayor sea el número de seguidores de la cuenta, blog, etc., a través del cual se lleva a cabo la intromisión, mayor será el perjuicio producido, no parece que sea necesario en todo caso (aunque sí conveniente) la prueba concreta del número de accesos¹²³, siendo suficiente que se constate el carácter abierto y accesible a cualquiera de la publicación digital de que se trate, o, por el contrario, su carácter privado y/o dirigido a un público especializado¹²⁴.

arla como consumidora de drogas y carente de todo valor ético, circunstancias éstas que, además, podían comprometer su futuro profesional. La STS de 12 de marzo de 2020 (RJ 175/202) estima igualmente correctos los criterios utilizados en la instancia, que fijó una indemnización de 7.000 euros en un supuesto en que hubo poca difusión, destacando tanto la gravedad de las imputaciones en sí mismas (se acusó al actor de maltrato y además de consumo y tráfico de drogas) como el hecho de que fueron proferidas contra un agente de la autoridad y ante sus compañeros. La STS de 17 de julio de 2020 (RJ 2020/2695), tras revocar la resolución recurrida y asumir la instancia tiene en cuenta, para valorar el daño moral (que cifró en 10.000 euros) que, si bien la ofensa se produjo a través de un blog privado, se imputó a las empresas demandantes la comisión de hechos ilícitos «de entidad». En sentido inverso la STS de 20 de julio de 2018 (RJ 2018/2832) en un supuesto de vulneración del derecho a la intimidad, toma en consideración la «escasa gravedad» de la intromisión, que se refería al hecho de haber estado el actor de baja laboral, para fijar una indemnización de 6.000 euros.

¹²¹ La STS de 21 de marzo de 2018 (RJ 2018/1116), mantiene la indemnización acordada por el Juzgado de Primera instancia, que ascendió a 10.000 euros, valorando el número e intensidad de las ofensas vertidas contra el demandante «constitutivas de una auténtica campaña de desprestigio» llevada a cabo por el demandado. La STS de 22 febrero de 2022 (RJ 2022/986) considera proporcionada la indemnización de 7.500 euros fijada por el Juzgado, y confirmada por la AP, teniendo en cuenta el carácter persistente y continuado de la intromisión llevada a cabo por el demandante en distintos grupos de Facebook, que afectaban a su dignidad y prestigio profesional.

¹²² Así, por ejemplo, la STS de 20 de julio de 2021 (RJ 2021/3664), confirma la indemnización impugnada (50.000 euros por lesión del derecho al honor), incidiendo en el hecho de que la gravedad de las afirmaciones realizadas (que sugerían que la actora había intentado envenenar a su marido) podía afectar considerablemente a los hijos menores de edad de aquella además de implicar cierta estigmatización social. La STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017/302) aunque redujo a la mitad la indemnización (de 30.000 a 15.000 euros) por entender que no se había vulnerado la intimidad del actor sino solo su imagen, aceptó los criterios de la instancia, que tuvo en consideración para fijarla el estrés traumático sufrido por el demandante a consecuencia de la difusión del reportaje (de especial impacto en el ámbito local en que vivía) sobre su condición de víctima de un suceso delictivo.

¹²³ Sobre ello *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, 2022, p. 241.

¹²⁴ Así, por ejemplo, de la STS de 22 de febrero de 2022 (RJ 2022/986) se deduce que las instancias inferiores, que establecieron una indemnización de 7.000 euros mantenida por el TS, tuvieron en cuenta la audiencia y el número de seguidores en Facebook del demandado. Lo mismo sucede en el supuesto resuelto por la STS de 27 de abril de 2021 (RJ 2021/19939), en la que la AP tomó en consideración el escaso número de reproducciones (814) del vídeo constitutivo de la intromisión, para disminuir a 10.000 euros el importe de la indemnización concedida por el Juzgado (que ascendió a 15.000). Sin embargo, la STS de 27 de enero de 2017 (RJ 2017/369), anteriormente citada, confirma el criterio de la AP que, para valorar la difusión, se basó simplemente en que el blog de la demandada era de acceso libre y que además emitió los comentarios difamatorios a través de twitter «lo que garantiza un acceso ilimitado» y sin control a la información (la indemnización fue de 18.000 euros). Por su parte, la STS de 20 de julio de 2018 (RJ 2018/2832) fija el importe de la indemnización (6.000 euros) teniendo en cuenta, además de la escasa gravedad de los comentarios

3.4. CÓMPUTO DEL PLAZO DE EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS

Como se sabe, el artículo 9.5 LO 1/1982 fija un plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de las «acciones de protección frente a las intromisiones legítimas» a contar desde que el legitimado pudo ejercitar la acción. Cuando la intromisión ilegítima ha sido provocada a través de internet, y toda vez que los contenidos de que se traten permanezcan disponibles en la red cabe preguntarse por el «dies a quo» para el cómputo del plazo.

Mientras que el TS viene manteniendo que los daños derivados de la inclusión indebida en fichero de morosos tienen el carácter de «daños continuados», de forma que no comienza a correr el plazo en tanto los datos no sean cancelados, considera, sin embargo, que los daños causados por la publicación de contenidos en internet, tienen la consideración de «daños permanentes». Así lo ha mantenido el TS respecto de acciones planteadas a raíz de una noticia supuestamente lesiva para el honor del demandante, que se publicó simultáneamente en papel y en la versión digital de un diario (STS de 10 de junio de 2020, RJ 2020/1568¹²⁵); como consecuencia de comentarios ofensivos publicados en un foro (STS de 2 de marzo de 2021, RJ 2021/1529¹²⁶) o como consecuencia de la publicación

ofensivos, que su difusión por twitter por parte de la demandada no fue muy amplia porque no había datos para pensar que tal cuenta tuviese muchos seguidores. Y la STS de 17 de julio de 2020 (RJ 2020/2695) valora el daño moral (10.000 euros) tomando en consideración que las ofensas contra la empresa demandante, si bien de cierta entidad, fueron publicadas a través de un blog privado que no parecía tener un significativo número de usuarios. La reiterada STS de 20 de julio de 2021 (RJ 2021/3664), en un supuesto en que la lesión de la imagen y el honor del demandante se produjo a través de un diario digital, señala que es irrelevante la falta de datos sobre la real difusión de la noticia, siendo suficiente la difusión nacional del periódico digital (recuérdese que en este caso se otorgó una indemnización de 5.000 euros por lesión de la imagen y 50.000 por vulneración del honor). En cambio, en el caso resuelto por la STS de 20 abril de 2021 (RJ 2021/1529) –que consideró inadecuados los criterios empleados por la AP para rebajar a 10.000 euros la indemnización acordada por el Juzgado, que había sido de 50.000– se aportaron pruebas de que el diario digital en el que se publicó indebidamente la imagen de la demandante contó con más de 110.000 visitas solo en la edición española.

¹²⁵ El actor ejerció en 2016 una acción por intromisión en su derecho al honor aduciendo que la noticia, que se había publicado en 1996, le imputaba acusaciones de tráfico de drogas y secuestro falsas, y que «acababa» de tener conocimiento de su publicación. Al margen de la poca credibilidad que se dio a este último argumento, el TS afirmó que la intromisión ilegítima se ocasionó cuando se publicó la noticia en 1996 y que, no estándose ante un daño continuado, debía considerarse caducada la acción. En este sentido afirmó que «la publicación de la obra en Internet, y no solo en papel, no modifica la calificación de los daños, que siguen siendo en principio de carácter permanente, no continuado, sin perjuicio de que la mayor difusión que pueda alcanzar por este medio pueda ser tomada en consideración a otros efectos, como la gravedad del daño causado».

¹²⁶ El demandante presentó en 2013 una demanda contra el administrador de un foro y distintos participantes del mismo afirmando que los comentarios en él vertidos, en 2004,

de imágenes de la demandante en folletos y vídeos publicitarios de una empresa (STS de 9 de mayo de 2022, RJ 2022/2390¹²⁷). La discutible razón que esgrime el TS para considerar que en estos casos se está ante daños permanentes y no continuados es que en la publicación de una «obra» en internet no existe una finalidad permanente de intercambio de información como sucede con el registro de morosos y que tampoco existe un «dominio de hecho» como el que ostentan la empresa titular del fichero y la que comunica los datos del deudor, porque la «obra» puede propagarse sin intervención de quien la ha publicado en internet¹²⁸. Ahora bien, aunque el plazo de caducidad comience a correr en el momento de la inicial publicación de los contenidos de que se trate en internet, esto será así salvo que existan actos posteriores de difusión de los mismos por el demandado, respecto de los cuales habrá que computar el correspondiente plazo de caducidad (STS de 7 de noviembre de 2019, RJ 2019/4474¹²⁹).

En cualquier caso, conviene advertir que el hecho de que haya transcurrido el plazo de caducidad para ejercer las acciones de protección frente a intromisiones ilegítimas contempladas en el artículo 9 LO 1/1982 no impide, sin embargo, al afectado ejercitar otras acciones basada en la normativa de protección de datos, como es el

atentaban contra su derecho al honor. El TS señaló que el *dies a quo* para el cómputo de la caducidad para el ejercicio de una acción de tutela del derecho al honor respecto de un comentario publicado en internet debe situarse en su fecha de publicación.

¹²⁷ La demandante había posado, en 2011, para la empresa en la que trabajaba a fin de que se le hicieran unas fotos que se emplearon en folletos, vídeos y anuncios de la empresa, pero no ejerció la acción por lesión de su derecho a la imagen hasta 2016. Aduce que no había autorizado la utilización de la imagen, pero que no tuvo conocimiento de esa falta de autorización hasta un momento posterior (el argumento, como es lógico, fue considerado absurdo por el juzgado y la AP).

¹²⁸ STS de 7 de noviembre de 2019 (RJ 2019/4474); de 10 de junio de 2020 (RJ 2020/1568); de 2 de marzo de 2021 (RJ 2021/1529). La idea de que no existe una finalidad permanente de intercambio de información cuando se publica información en internet o, por lo que aquí respecta, en redes sociales, me parece engañosa porque si bien es posible que la información no esté destinada a ser consultada por específicos sujetos que tienen un particular interés en conocerla, como ocurre en el caso de los ficheros de morosos, es evidente que la información se publica con el fin de compartirla con los usuarios de la red. Y el hecho de que, justamente, quien publica la información pierda su control, pudiendo ser replicada la misma de manera constante y reiterada en internet, dando lugar a nuevos actos de intromisión, debería ser un argumento a favor, y no en contra, de la existencia de «daños continuados».

¹²⁹ Así se desprende de dicha sentencia que versa sobre un relato de tono satírico y burlesco que fue publicado inicialmente en 2011 por el demandado en su blog, pero que con posterioridad publicó nuevamente, en 2015 y 2016, en distintas redes sociales. Aunque el TS consideró que no existió vulneración del honor del demandante porque el relato en cuestión contenía expresiones de poca entidad ofensiva, se pronunció sobre si la acción debía o no considerarse caducada. Y estimó que no lo estaba porque en el caso analizado se habían producido actos posteriores de difusión de la obra, por lo que no podía aceptarse la caducidad de la acción respecto de los actos realizados en 2015 y 2016. Por su parte, la ya mencionada STS de 10 de junio de 2020 (RJ 2020/1568) consideró caducada la acción porque la publicación inicial de la noticia en papel y en formato digital tuvo lugar en 1996, *sin que se hubieran «alegado posteriores acciones de difusión por parte de la demandada»*.

derecho al olvido, que son viables mientras subsista el tratamiento de datos (cfr. STS de 10 de junio de 2020, RJ 2020/1568; de 2 de marzo de 2021, RJ 2021/877). Sobre esta cuestión volveremos con posterioridad.

4. EL EJERCICIO DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD FRENTE AL PRESTADOR DEL SERVICIO DE ALOJAMIENTO DE DATOS

Dado que determinados servicios de internet permiten a los usuarios difundir contenidos de manera anónima o bajo seudónimo, es posible que en ciertos casos no pueda identificarse al autor de la intromisión en los derechos de la personalidad del afectado. En tales casos la víctima puede dirigirse contra el prestador del servicio de alojamiento de datos¹³⁰, aunque en la práctica la gene-

¹³⁰ Dado que con mucha frecuencia los proveedores de servicios de redes sociales, o los responsables de páginas webs, foros, etc. son empresas extranjeras radicadas en otros países, pueden surgir dudas en torno a la competencia judicial y la ley aplicable a la hora de ejercer contra ellos una acción de responsabilidad. Aunque el examen de esta compleja cuestión queda fuera del ámbito de este trabajo, cabe observar que la ley aplicable viene determinada por el artículo 10.9 CC al no operar el Reglamento Roma II en el ámbito de los derechos de la personalidad. Dicho precepto remite «al lugar donde hubiere ocurrido el hecho» que genera la obligación de indemnizar, interpretándose que ello abarca tanto el lugar en que se produce el hecho causante del daño como el lugar en que éste se manifiesta. De este modo, siendo accesibles los contenidos o imágenes en cuestión en España, cabe aplicar la ley española a efectos de determinación de la responsabilidad derivada de la intromisión ilegítima. Cuestión distinta sería la eficacia extraterritorial de las resoluciones de los tribunales españoles, ya que la diferente ponderación de los derechos fundamentales en conflicto en los diversos países puede dificultar el reconocimiento de estas resoluciones en el extranjero. En cualquier caso, cabe observar que resultando aplicable la ley española, serán también, en su caso, de aplicación las exenciones de responsabilidad previstas en la LSSI, debiendo tenerse en cuenta que las normas relativas a su ámbito de aplicación (art. 2-4) no son normas de Derecho internacional privado, como se deduce del artículo 1.4 de la Directiva. Lo mismo cabe decir del RSD, de acuerdo con su Considerando 10 (*vid. DE MIGUEL ASENSIO, 2022, pp. 289, 292-294 y 377-382; LÓPEZ RICHART, 2020, pp. 433-436*). Por lo que respecta a la competencia judicial, el Reglamento Bruselas I bis permite acudir al fuero del domicilio del demandado (art. 4) –que atribuye una competencia territorial global– o al del lugar del daño (art. 7.2 bis). Por lugar del daño cabe entender tanto el lugar en que tiene lugar el hecho que origina el daño (que puede coincidir con el domicilio del demandado) como el lugar en que el daño se manifiesta. Este último criterio tiene el inconveniente de que atribuye al tribunal una competencia territorial limitada, de modo que solo permite reclamar la indemnización de los daños acaecidos en ese territorio y no permite hacer valer acciones de cesación o supresión de contenidos de alcance global (aunque sí facilita para solicitar la restricción de acceso a esos contenidos en el territorio en cuestión). No obstante, el TJUE, a partir de la S. *eDate Advertising* (STJUE de 25 de octubre de 2011, C-509/09 y C-161/10) facilita a la víctima un fuero adicional, el del lugar en que tiene «su centro de intereses», que también atribuye a dichos tribunales una competencia global y permite reclamar la totalidad del daño, así como ejercitar acciones de cesación –aunque, nuevamente, la eficacia extraterritorial de estas medidas puede verse condicionada por cuestiones de fondo–. Cuando el prestador del servicio de intermediación esté domiciliado en un Estado no europeo (y no adherido al Convenio de Lugano) la competencia se determinará por la legislación interna española (art. 22 quinquies LOPJ) en cuya virtud se

alidad de demandas contra los prestadores del servicio de intermediación tiene su origen en intromisiones contra el derecho al honor. No es habitual que se demande al intermediario aduciendo que alberga información o imágenes que lesionan el derecho a la intimidad o el derecho a la propia imagen del interesado.

Si bien cuando se redactó la Directiva 2000/31 el régimen de exención de responsabilidad previsto para los prestadores de servicios de alojamiento estaba pensado fundamentalmente para los denominados servicios de alojamiento «puro»¹³¹ en la actualidad se entiende que tanto los proveedores de redes sociales (Youtube, Twitter, Instagram, Facebook, etc.) como los titulares de páginas webs, foros o blogs, en la medida que permitan la publicación de datos o información por parte de terceros (que con frecuencia coexisten con contenidos propios¹³²), encajan en la categoría de prestadores de servicios de alojamiento a efectos de la posible exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 16 LSSI¹³³, y ahora en el artículo 6 RSD. Así lo viene estimando el TS en relación con páginas webs, foros o blogs¹³⁴. Por su parte, el TJUE ha considerado las redes sociales como prestadoras de servicios de alojamiento de datos a efectos del régimen previsto en la Directiva 2000/31 (cfr. SSTJUE de 16 de febrero de 2012, C/360/10, *Netlog*¹³⁵; de 3

entiende que son competentes los tribunales españoles tanto si el comportamiento dañoso tiene lugar en España como si el daño se manifiesta aquí (*vid.* DE MIGUEL ASENSIO, 2022, pp. 263-278; 280 y 285; También, *Derecho Privado y Constitución*, 2022, 40, pp. 176 ss.; LÓPEZ RICHART, 2020, pp. 426-432).

¹³¹ Es decir, estaba referida a los servicios de «hosting» en cuya virtud un sujeto arrienda un espacio en su servidor para que terceros puedan alojar en el mismo todo tipo de información (LÓPEZ RICHART, 2020, pp. 394 y 395; DE MIGUEL ASENSIO, 2022, pp. 332 y 333).

¹³² Es claro que un proveedor de servicios de la información puede actuar como proveedor de contenidos y al mismo tiempo, como intermediario (LÓPEZ RICHART, *Derecho Privado y Constitución*, 2012, p. 157), pero, respecto de los contenidos propios, se aplican las reglas generales de responsabilidad aplicables en función del bien jurídico lesionado, sin que entre en juego la exención referida a los prestadores de servicios de intermediación. *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, 2020, pp. 300 y 301; CHAPARRO MATAMOROS, 2019, p. 12, nota 34.

¹³³ En este sentido, en relación con la situación tanto en España como en otros países europeos, ARROYO AMAYUELAS, 2020, p. 346.

¹³⁴ SSTs de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010/231); de 10 de febrero de 2011 (RJ 1022/313); de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013/195); de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013/2580); de 7 de enero de 2014 (RJ 2014/773); de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016/2451); de 2 de junio de 2020 (RJ 2020/1541); de 27 de abril de 2021 (RJ 2021/1946).

¹³⁵ Esta resolución se pronuncia sobre la prohibición, establecida en el artículo 15 de la Directiva, de imponer una obligación general de supervisión a los prestadores de servicios de intermediación. El tribunal nacional preguntaba al TJUE si un requerimiento judicial que imponga a una red social una obligación de filtrar todos los contenidos vertidos por sus usuarios, con carácter preventivo y por tiempo ilimitado, a fin de evitar posibles lesiones a derechos de propiedad intelectual era compatible con la Directiva, cosa a la que el TJUE respondió negativamente.

de octubre de 2019, C/18-18, *E.G.P. v. Facebook*¹³⁶; de 22 de junio de 2021, C.682/18 y C-683/18, *Youtube y Cyando*¹³⁷).

El hecho de que un foro o un chat haya sido habilitado por un medio de comunicación con vistas a que sus lectores hagan comentarios, no ha impedido la aplicación de la exención establecida en el artículo 16 LSSI¹³⁸, con independencia de que en el caso concreto se dieran o no las condiciones para la exoneración de responsabilidad [cfr. STS de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013/2580); de 27 de abril de 2021 (RJ 2021/1946)]. Por otra parte, aunque en teoría los servicios sujetos a la LSSI son aquellos que se prestan a cambio de una remuneración o que constituyen una actividad económica para el prestador de los mismos¹³⁹ los tribunales, hasta la fecha, no han prestado atención a esta cuestión, y de hecho se han venido planteando la aplicabilidad del artículo 16 con independencia de esta circunstancia¹⁴⁰. En realidad, como observa la doctrina, si el fundamento de la exclusión de responsabilidad reside en el «papel neutro o pasivo del intermediario en relación con los datos provenientes de tercero», lo lógico es aplicarla a todo aquél que presta servicios de intermediación, pues resulta absurdo que se aplique un

¹³⁶ Una política austriaca, tras solicitar a Facebook sin éxito que retirara comentarios difamatorios publicados por un usuario de Facebook contra ella, ejerció una acción de cesación que dio lugar a la adopción de medidas cautelares. La STJUE analiza si es contraria a la Directiva una orden judicial que imponga al proveedor de servicios de almacenamiento la obligación de eliminar contenidos idénticos o similares a los declarados previamente ilícitos y con alcance mundial. Estima que tal orden no sería contraria a la Directiva y no implicaría una obligación general de supervisión.

¹³⁷ En esta sentencia, que acumula dos asuntos, el TJUE dilucida si es aplicable la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva a una plataforma de intercambio de vídeos, como es Youtube, para concluir afirmativamente. *VID. DE MIGUEL ASENSIO, 2022, pp. 299, 333 y 334.*

¹³⁸ Hay quien, como GRIMALT, 2011 a), p. 278, estima que la Ley de Prensa e Imprenta, como norma especial, es de aplicación preferente a la LSSI, al menos cuando la actividad que podría ser calificada como servicio de intermediación forma parte de la estructura del periódico. Lo determinante para aplicar esta última norma debe ser, sin embargo, si el medio de prensa actúa o no como mero intermediario y sin ejercer las facultades de control y supervisión propias de un editor. En este sentido, LÓPEZ RICHART, *Derecho Privado y Constitución*, 2012, pp. 157 y 164; DE MIGUEL ASENSIO, 2022, pp. 302 y 303.

¹³⁹ El carácter remunerado resulta del artículo 2.a) de la Directiva 2000/31, que se remite al artículo 1.2 de la Directiva 98/34, modificada por la Directiva 98/48. La Ley española, define en el anexo I, letra a), los servicios regulados en la misma como aquellos que se prestan normalmente a título oneroso o que, si no son remunerados, constituyen una actividad económica para el prestador. El RSD se aplica, igualmente, tal y como se desprende del artículo 3, letra a) –que, para definir la noción de «servicio de la sociedad de información», se remite al artículo 1.1.b) de la Directiva 2015/1535– a servicios «prestados normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica, y a petición de un destinatario a título individual» (cfr. Cdo. 5).

¹⁴⁰ La STS de 9 diciembre de 2009 (RJ 2019/231) advierte sobre ello. En el resto de sentencias del TS sobre la materia se aprecia que las instancias previas no entran a valorar si el alojamiento de datos es remunerado o implica una actividad económica. *VID.*, en este sentido, DE MIGUEL, 2022 pp. 340 y 341.

régimen de responsabilidad más estricto a quien no obtiene rendimiento económico de dicha actividad¹⁴¹.

Pues bien, cuando un sujeto ve lesionado sus derechos al honor, la intimidad o la imagen a través de una red social, o de un «servicio equivalente» (web, blog, foro, etc.), podrá ejercitar una acción de responsabilidad frente al proveedor de la red o el sujeto titular de la web, blog o foro de que se trate. También podrá solicitar otras medidas de tutela previstas en el artículo 9 LO 1/1982 como la acción de cesación, dirigida a la retirada de los contenidos por parte del prestador del servicio de almacenamiento de datos o, en su caso, la publicación de la sentencia condenatoria en la red o plataforma de que se trate¹⁴². Para que sus pretensiones tengan éxito será necesario, en primer término, que el comportamiento lesivo llevado a cabo por quien utiliza el servicio de almacenamiento de datos pueda ser calificado como una intromisión ilegítima de acuerdo con los criterios habituales de ponderación, pues en caso contrario no habrá posibilidad de condena, como sucedió en el supuesto resuelto por la STS 4 diciembre 2012 (RJ 2013/195)¹⁴³. Constatándose una intromisión ilegítima, habrá que comprobar si el prestador del servicio de alojamiento de datos puede quedar exonerado de responsabilidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 LSSI y, en adelante, con el artículo 6 RSD.

En este punto hay que recordar, como se ha avanzado con anterioridad, que es opinión generalizada en la doctrina que las reglas de exclusión de responsabilidad aplicables a los intermediarios no son criterios de imputación de responsabilidad de modo que dicha responsabilidad deberá determinarse conforme a la norma que resulte aplicable en función del bien jurídico lesionado¹⁴⁴. En nuestro caso, por tanto, conforme al artículo 9 LO 1/1982. Sin embargo, se observa que en la práctica judicial dichas reglas de exclusión parecen utilizarse, en sentido inverso, como criterios de imputación de responsabilidad, en la medida que el incumplimiento de las mismas puede considerarse como demostrativo de la «negligencia»

¹⁴¹ Así, LÓPEZ RICHART, *Derecho Privado y Constitución*, 2012, pp. 160 y 161. Considera igualmente, que debe aplicarse la exención con independencia de que el servicio de alojamiento de datos constituya una actividad económica PEGUERA POCH, 2007. pp. 217 y 218; DE MIGUEL ASENSIO, 2022, p. 339.

¹⁴² Así ocurre en la generalidad de los casos resueltos por las sentencias analizadas.

¹⁴³ La SGAE demandó al titular de un blog en el que terceros habían vertido críticas que, en opinión de la entidad demandante, vulneraban su derecho al honor. El TS casó la sentencia condenatoria de la AP por entender que no se había producido tal vulneración ya que las expresiones vertidas –en un contexto de crítica social hacia la actividad de dicha entidad– estaban amparadas por la libertad de expresión.

¹⁴⁴ *Vid.* nota 15.

del prestador del servicio de alojamiento de datos¹⁴⁵. Esto supone que se presupone, de manera implícita, que el prestador del servicio de intermediación debe haber actuado negligentemente al albergar los contenidos ajenos¹⁴⁶. Es decir, si bien la existencia de una intromisión ilegítima permitiría imputar directamente responsabilidad al proveedor del contenido ilícito de acuerdo con el artículo 9 LO 1/1982, no ocurre lo mismo con quien pone los medios técnicos que facilitan la comisión de la intromisión, pues se entiende que este último no incurrirá en responsabilidad a menos que el hecho de albergar tales contenidos pueda considerarse un comportamiento negligente¹⁴⁷.

De acuerdo con el artículo 16 LSSI y con el artículo 6.1 RSD, que establece similares condiciones¹⁴⁸, para que opere la exoneración de responsabilidad es necesario: a) que el prestador de servicios de almacenamiento no tenga «conocimiento efectivo» de que la información almacenada es ilícita o lesiona bienes de un tercero; b) que, si tiene tal conocimiento, «actúe con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos».

Por lo que respecta a la noción de «conocimiento efectivo» es sabido que la ley española se aparta en cierta medida de lo establecido en el artículo 14 de la Directiva 2000/31 (que exige que el

¹⁴⁵ Así lo indican CAVANILLAS MÚGICA, 2007, p. 110, nota 1; GRIMALT, 2011, b), pp. 173 y 174; LÓPEZ RICHART, *Derecho Privado y Constitución*, 2012, p. 154; también 2020, p. 387; CHAPARRO MATAMOROS, 2019, pp. 113 y 114, nota 36; DE MIGUEL ASENSIO, 2022, pp. 314 y 315.

¹⁴⁶ Para BUSTO LAGO, 2014, p. 670, las reglas de exoneración de la LSSI «precisan el canon de diligencia» en orden a definir «en qué supuestos es posible la imputación subjetiva de la responsabilidad» del prestador de servicios de alojamiento.

¹⁴⁷ En este sentido, *vid.* GRIMALT, 2011, b), pp. 172-174 y en particular p. 174. En la práctica esta cuestión puede ser relevante. Si se entiende que la responsabilidad del intermediario deriva de la propia existencia de la intromisión, probada ésta correspondería al demandado demostrar que se dan las condiciones necesarias para excluir su responsabilidad. Si se entiende, por el contrario, que el prestador de servicios de alojamiento debe haber actuado de manera culposa o negligente ex artículo 1902 CC, correspondería a la víctima demostrar que este último actuó negligentemente, esto es, que hubo «conocimiento efectivo» de la existencia de contenidos ilícitos o lesivos y que, pese a ello, el demandado no actuó diligentemente retirando tales contenidos. *Vid.* CLEMENTE MEORO, 2003, p. 78; BUSTO LAGO, 2014, p. 703; CHAPARRO MATAMOROS, 2019, p. 108.

¹⁴⁸ El artículo 6 RSD viene a establecer los mismos requisitos para la exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento, con la salvedad que se indica en su párrafo tercero. Así, según este precepto el prestador de servicios de alojamiento no será responsable a condición de que «a) no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o el contenido ilícito, o b) en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de ello, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este». En el párrafo 3.º del precepto se dispone, sin embargo, que la exclusión de responsabilidad no será aplicable cuando se trata de plataformas que permitan la celebración de contratos a distancia si presentan la información de modo que el consumidor medio pueda creer que la información, producto o servicio es proporcionado por la propia plataforma o por alguien que actúa bajo su autoridad o control.

prestador «no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o información revele su carácter ilícito»), y parece identificar el conocimiento efectivo con la existencia de una resolución de un «órgano competente» declarando el carácter ilícito o lesivo de los datos o la información de que se trate¹⁴⁹. La jurisprudencia, sin embargo, desde la STS de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010/131)¹⁵⁰ ha venido manteniendo una interpretación amplia de la noción de conocimiento efectivo, afirmando que sería contrario a la Directiva restringir las posibilidades de obtener tal conocimiento, lo que extendería correlativamente el ámbito de la exención. Así, ha estimado que cabe probar el conocimiento efectivo a partir de hechos o circunstancias que permiten la «aprehensión de la realidad».

Uno de esos medios de conocimiento efectivo es, lógicamente, la notificación del interesado advirtiéndole de la existencia de contenidos lesivos para sus derechos de la personalidad, notificación que, como observa la doctrina, debe ser lo suficientemente precisa para que el prestador pueda advertir el carácter ilícito de los datos alojados –su carácter difamatorio en el caso habitual de lesión del derecho al honor–¹⁵¹. Así se deduce, por otra parte, de la mencionada STJUE de 22 de junio de 2021, C-682/18 y C-683/18, *Youtube y Cyando*, que indica que para obtener un «conocimiento efectivo» la notificación debe contener datos suficientes como para permitir al operador de la plataforma, asegurarse, «sin un examen jurídico en profundidad» del carácter ilícito de esa comunicación (parr. 116).

¹⁴⁹ Ello ha llevado a algún autor a entender que la única forma de conocimiento efectivo es la resultante de una resolución judicial o administrativa. *Vid.* CAVANILLAS MÚGICA, 2007 pp. 112 ss. (aunque finalmente opta por una solución de compromiso).

¹⁵⁰ En el supuesto enjuiciado por esta sentencia la SGAE demandó a la Asociación de internautas porque en su página web se encontraban alojadas otras direcciones de internet que contenían comentarios lesivos para su derecho al honor. En particular una de esas direcciones de internet tenía como título de dominio www.putasgae.es. La Asociación de internautas alegó en su favor que no había tenido conocimiento efectivo de las opiniones o información suministrada en esas direcciones, no habiendo recibido ninguna resolución judicial que declarara su ilicitud. El TS afirmó en esta sentencia que una interpretación restrictiva dirigida a reducir injustificadamente las posibilidades de obtención del conocimiento efectivo de la ilicitud de contenidos no era conforme a la Directiva, añadiendo que el propio artículo 16 (al final de su apartado 1) deja a salvo la posibilidad de obtener el conocimiento por otros medios. En este caso concreto consideró que cabía deducir el conocimiento de la demandada del mero título del dominio (putasgae.es) que, desde su punto de vista, era medio adecuado «ex re ipsa» para revelar el tenor injurioso de los datos alojados. Esta interpretación amplia del artículo 16 LSSI es reiterada por las sentencias posteriores. *Cfr.* SSTS de 18 de mayo de 2010 (RJ 2010/2319); de 10 de febrero de 2011 (RJ 1022/313); de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013/195); de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013/2580); de 7 de enero de 2014 (RJ 2014/773); de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016/2451); de 2 de junio de 2020 (RJ 2020/1541); de 27 de abril de 2021 (RJ 2021/1946).

¹⁵¹ CAVANILLAS MÚGICA, 2007, p. 116; RUBÍ PUIG, *Indret*, 2010, pp. 16 ss.; GRIMALT, 2011, b), p. 194; LÓPEZ RICHART, *Derecho privado y Constitución*, 2012, p. 176; CHAPARRO MATAMOROS, 2019, p. 139.

Y así lo recoge ahora el artículo 16 RSD que regula los «mecanismos de notificación y acción» que deben implementar los prestadores de servicios de alojamiento de datos¹⁵². De hecho, la imposibilidad de apreciar fácilmente la ilicitud de los contenidos ha llevado a excluir la responsabilidad del prestador de servicios de intermediación en la STS de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013/3380), aunque en este caso el demandado fue un proveedor de enlaces¹⁵³.

Por consiguiente, si el prestador de servicios de alojamiento obtiene conocimiento efectivo de la existencia de una intromisión ilegítima mediante la notificación del interesado y no retira los contenidos lesivos, incurrirá en responsabilidad. Ejemplo de ello es la STS de 2 de junio de 2020 (RJ 2020/1541). En este caso pese a haber recibido la entidad demandada dos solicitudes de supresión de los comentarios lesivos para el derecho al honor del afectado, no atendió a tales requerimientos actuando, por tanto, negligentemente (art. 16.1.b LSSI)¹⁵⁴.

Ahora bien, hay que observar que en la práctica el TS ha venido deduciendo la existencia de conocimiento efectivo no sólo de la comunicación del interesado advirtiendo de la existencia de comentarios ofensivos o información lesiva para su derecho al honor y solicitando su retirada, sino también de la mera «posibilidad de

¹⁵² Dicho precepto, además de obligar a los prestadores de servicios de alojamiento de datos a establecer mecanismos de notificación de contenidos ilícitos, enuncia los elementos que debería incluir cualquier notificación, para indicar a continuación (párrafo 3) que se considerará que las notificaciones proporcionan un «conocimiento efectivo» cuando «permitan a un prestador diligente de servicios de alojamiento de datos determinar, sin un examen jurídico detallado, que la información o la actividad pertinentes son ilícitas».

¹⁵³ La demanda se dirigió contra Google por permitir enlaces a distintas webs informativas en las que se contenían artículos en los que se implicaba al demandante en la operación Malaya. El actor envió diversas notificaciones a Google aduciendo la falsedad de los hechos y solicitando la retirada de los enlaces. También le advirtió de la existencia de un procedimiento judicial, pero no le remitió la resolución. Así las cosas, el TS, si bien recoge la interpretación amplia de la noción de «conocimiento efectivo», considera que en este caso la mera comunicación a Google solicitando la retirada de la información no era suficiente para obtener ese conocimiento ya que la información por sí misma no revelaba su carácter ilícito ni Google podía inferir, de forma lógica, la falsedad de la misma.

¹⁵⁴ El demandante, concejal del Ayuntamiento de Marbella demandó a la entidad titular de una página web en la que se había publicado una noticia sobre el elevado gasto telefónico realizado durante el ejercicio de tal cargo, al hilo de la cual algunos usuarios publicaron comentarios en los que se le tachaba de «ladrón» y de «hijo de puta». El TS estimó que el primer término podría estar justificado por las circunstancias, pero no así el segundo, cuya ilicitud consideró evidente, motivo por el cual consideró que no se daban los requisitos para que operara la exención de responsabilidad al no haber actuado el demandado diligentemente retirando los datos en cuestión. A diferencia de lo que sucede en otras sentencias que se exponen en este apartado, aquí la condena no se funda en la falta de control de lo publicado. El TS, de hecho, lo indica expresamente aclarando que la condena se debe a que el demandado, tras conocer la ilicitud *evidente* de los insultos, no hizo nada para retirarlos. Cabe observar, sin embargo, que la ilicitud de los comentarios (vertidos sobre una persona que ejercía un cargo público y en relación con el mismo) no parece tan evidente si se tiene en cuenta que el Juzgado desestimó la demanda por considerar que carecían de entidad suficiente para constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor.

conocimiento» derivada del carácter manifiestamente ilícito de los contenidos alojados¹⁵⁵, unido a la posibilidad técnica de controlarlos.

Hay casos en los que, junto con esas circunstancias, concurren otros factores que podrían justificar la responsabilidad de la entidad demandada. Así ocurre en el supuesto resuelto por la STS de 10 de febrero de 2011 (RJ 2011/213) en la que se reprocha al demandado que no cumpliera con el deber de información previsto en el artículo 10 LSSI, impidiendo al demandante comunicarse con él¹⁵⁶ o en el caso examinado por la STS de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013/2580), en el que el demandado rechazó el fax remitido por el actor para advertirle del carácter lesivo de los comentarios publicados¹⁵⁷.

Sin embargo, en otros casos la responsabilidad del demandado parece fundarse en la mera posibilidad de controlar los contenidos claramente ofensivos. Así ocurre en el supuesto resuelto en la STS de 7 de enero de 2014 (RJ 2014/773) que parece deducir la existencia de conocimiento efectivo del simple hecho de que el titular del

¹⁵⁵ En los casos en los que la ilicitud de la información alojada no pudo ser apreciada por el prestador del servicio de alojamiento se le ha exonerado de responsabilidad. Es lo que ocurre en la STS 18 mayo 2010 (RJ 2010/2319). Un abogado que tenía como cliente a la Mutua Madrileña Automovilista, demandó al titular de una página web denominada «Quejas online» porque alguien, suplantando su personalidad, publicó una serie de comentarios en los que acusaba a la Mutua de engañar a sus clientes y obligarle a retrasar expedientes. El actor comunicó a la entidad demandada la suplantación de personalidad ante lo cual ésta retiró los comentarios en cuestión. Pese a ello el afectado demandó al titular de la web reclamando una indemnización y la publicación de la sentencia. El TS consideró, sin embargo, que, en este caso concreto, la sociedad demandada no había podido conocer, antes de la notificación, que quien suministraba el contenido lesivo para el demandante era una persona que utilizaba indebidamente su nombre. Dado que cuando tuvo conocimiento de los hechos retiró los comentarios, no podía imputársele negligencia alguna, ni, por tanto, exigírsele responsabilidad.

¹⁵⁶ El actor demandó al titular de una página web en la que, dentro de uno de sus apartados, se habían vertido expresiones vejatorias contra él y se publicaba un enlace a una imagen manipulada en la que aparecía con la cabeza cortada. El demandado adujo en el recurso su falta de conocimiento efectivo de los contenidos en cuestión. El TS, tras remitirse a la interpretación del artículo 16 LSSI realizada por la STS 9 diciembre 2009, confirma la conclusión de la AP, que había considerado que los contenidos almacenados o enlazados tenían por sí mismos valor revelador al ser patente su ilicitud. No obstante, también añade que el recurrente incumplió lo dispuesto en el artículo 10 LSSI. LÓPEZ RICHART, 2020, p. 413, al comentar esta sentencia, observa que, si bien podría argumentarse que es necesario el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el artículo 10 LSSI para que el intermediario pueda exonerarse de responsabilidad, no fue esta la línea argumental seguida por el TS, que parece considerar acreditado el conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos.

¹⁵⁷ En este caso se demanda a la editorial titular de un periódico por las opiniones vertidas en el foro de su página web «el economista.es», al hilo de cierta noticia. El TS consideró que el contenido de los comentarios vertidos en el foro era revelador de su ilicitud al ser los mensajes claramente ofensivos al honor del demandante, sin que, por tanto, pudiera alegar éste desconocimiento. No obstante, luego afirma que, dado que el demandado rehusó recibir el fax remitido para conseguir la interrupción de la difusión de los comentarios, cabe concluir que incumplió su deber de diligencia. No queda claro realmente en esta sentencia, si el elemento determinante de la responsabilidad fue el conocimiento «presunto» del carácter ilícito de los contenidos o el rechazo del fax.

foro pudiese llevar a cabo un control posterior de los contenidos publicados en el mismo¹⁵⁸ y a ello alude, igualmente, la STS de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013/195), aunque en este caso se exoneró finalmente de responsabilidad al demandado por entenderse que no se había vulnerado el honor del actor¹⁵⁹. Es más, algunas sentencias dan a entender que sobre aquél que crea un foro pesa un deber de control y supervisión sobre los contenidos alojados en el mismo. Así resulta de la mencionada STS de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013/2580), que afirma que la entidad demandada, como titular de la web y creadora de un foro de debate abierto debió «extremar las precauciones y ejercer un mayor control sobre las opiniones y comentarios alojados» y lo mismo viene a decir, la STS de 5 de mayo de 2016 (RJ 2015/2451), aunque en este caso el foro contaba con un moderador que controló efectivamente los contenidos pero de manera contraria a los intereses del afectado¹⁶⁰. La STS de 27 de abril de 2021 (RJ 2021/1946) llega a afirmar que quien abre un chat anejo a una noticia que relata hechos luctuosos, genera un «riesgo objetivo» de que se publiquen comentarios ofensivos o simplemente poco cuidadosos que acentúen el dolor de las personas afectadas, lo que «aumenta el deber de supervisión del responsable de la página web» y, pese a que no existió ninguna solicitud previa de retirada por parte de la afectada, condena al periódico demandado por considerar que «actuó con pasividad» al no retirar

¹⁵⁸ El titular de un negocio de informática demandó a la entidad titular de una página web que alojaba diversos foros en los que se realizaron críticas ofensivas contra el actor y su negocio, estimándose la demanda por el Juzgado y la AP. La AP argumentó que la inserción de foros en páginas webs exige extremar el deber de control sobre los contenidos, argumentación que confirmó el TS aduciendo que, si bien el titular de la web no podía filtrar *a priori* la información publicada en los foros, contaba con sistemas de control, detección o moderación de contenidos, que le habrían permitido reaccionar frente a los contenidos lesivos, cosa que no hizo. Añade además la sentencia que, aunque no se había probado que el actor hubiese reclamado mediante burofax, tampoco retiró los comentarios en cuestión tras su emplazamiento como demandado.

¹⁵⁹ Esta sentencia, tras reiterar la interpretación de «conocimiento efectivo» realizada previamente por la jurisprudencia, afirma que el demandado, en principio, podía ser declarado responsable de las críticas alojadas en su blog porque como titular de dicha página web «tenía capacidad de disposición sobre los contenidos incorporados a dicha página por diferentes usuarios de internet» (FJ 7). No obstante, consideró finalmente que los comentarios en cuestión no vulneraban el derecho al honor de la SGAE.

¹⁶⁰ A raíz de la participación del demandante en la creación de un nuevo partido político, se publicaron en la página web de IU Colmenar ciertos comentarios ofensivos para su persona que excedían de la mera confrontación política. El demandante intentó publicar en esa misma página web información desmintiendo las conductas que se le imputaban, pero sus comentarios fueron censurados por el moderador. A la vista de ello señala el TS que no podía alegarse la dificultad para controlar los contenidos publicados en la web porque dicho control existió (y, por tanto, hubo también «conocimiento efectivo»). Pese a que el moderador «a simple vista» podía apreciar el carácter difamatorio de las expresiones vertidas en la web no reaccionó contra ellas permitiendo que permanecieran publicadas, al tiempo que censuró los comentarios favorables al actor, lo que demuestra que el control de contenidos no funcionó correctamente.

o hacer inaccesibles los comentarios en cuestión (cosa que tampoco hizo al recibir la demanda sino cuando se le notificó la sentencia)¹⁶¹.

De las resoluciones enunciadas se deduce que el TS considera que quien permite alojar comentarios de otras personas en su blog o página web o crea un foro o un chat con el fin de que terceros emitan sus opiniones sobre cierta cuestión tiene el deber de controlar los contenidos de sus usuarios a fin de evitar la posible lesión del derecho al honor ajeno¹⁶². Si, pese a ser factible técnicamente ese control (cosa que se presupone en los casos analizados), no se lleva a cabo o no se realiza correctamente, el prestador del servicio de alojamiento incurrirá en responsabilidad por ser su actuación negligente. Para eludir la exención de responsabilidad contenida hasta ahora en el artículo 16 LSSI el TS ha ampliado enormemente la noción de «conocimiento efectivo», deduciéndolo de la mera cognoscibilidad, al tiempo que ha utilizado, en ocasiones, argumentos adicionales, como el incumplimiento del deber de informar –STS de 10 de febrero de 2011 (RJ 2011/213)– la negligencia a la hora de recibir la posible notificación –STS de 26 febrero de 2013 (RJ 2013/2580)– o el hecho de no haber retirado la información lesiva tras el emplazamiento sino tras la notificación de la sentencia –STS de 7 de enero de 2014 (RJ 2014/773), de 27 de abril de 2021 (RJ 2021/1946)–.

¹⁶¹ La actora demandó al periódico El Mundo a consecuencia de la publicación por éste de un reportaje en el que, además de relatar otras desgracias sufridas por la actora, informaba de la muerte de dos de sus hijos a manos de su padre. En el chat anejo al artículo periodístico los usuarios publicaron comentarios lesivos hacia la demandante, tildándola, entre otras cosas, de «gafe». El TS, tras partir de la noción amplia de «conocimiento efectivo» y a pesar de que no hubo ninguna solicitud previa de retirada de contenidos, consideró responsable a la entidad demandada. Afirma el TS que el mero hecho de abrir un chat anejo a una noticia que publicaba información que afectaba a una persona sin relevancia pública previa, en la que se explicaban los trágicos hechos en que se había visto involucrada «hacia previsible que pudieran publicarse comentarios ofensivos hacia ella que agravasen su aflicción».

¹⁶² Así se desprende también de la STS de 3 de noviembre de 2022 (JUR 2022/353350), del Pleno, aunque en este supuesto no se aplicó la LSSI, que no fue invocada por ninguna de las partes. La demandada, vecina de los demandantes, publicó en su perfil de Facebook, de carácter abierto, cierta información sobre un conflicto existente con los actores por la realización de ciertas obras, al hilo de la cual otros usuarios, a los que la demandada instó a participar y compartir contenidos, emitieron expresiones insultantes, burlas e incluso amenazas contra aquéllos. Tanto el Juzgado como la AP consideraron que la demandada debía responder de los insultos vertidos por terceros en su perfil. La recurrente adujo que carecía de legitimación pasiva, que le correspondería, en todo caso, al «prestador de servicios web». El TS afirmó que el titular de un perfil que permite comentarios de terceros no puede desentenderse de lo que en él se publica por el mero hecho de no ser su autor, ya que tiene amplias facultades de administración y control sobre ellos. En este caso, además, se consideró probado que la demandada había tenido conocimiento de los comentarios ofensivos ya que contestó y agradeció muchos de ellos y, sin embargo, eliminó otros de un usuario que pedía sensatez y moderación.

Algunos autores consideran acertada la postura de la jurisprudencia en relación con los foros, blogs o páginas webs que admiten comentarios de terceros por entender que quien crea tales instrumentos, potencialmente lesivos para el derecho al honor de otras personas, no puede desentenderse de su seguimiento. En la medida que en tales casos no es posible, por lo general, identificar a los autores de los comentarios, resulta lógico que se impute responsabilidad al intermediario que permite la difusión de la información ilícita¹⁶³. Con independencia de la corrección de esta solución desde la perspectiva de la justicia material, la interrogante que surge es si tal planteamiento es admisible a la luz del Derecho comunitario, dado que tanto el artículo 15 de la Directiva como el artículo 8 RSD prohíben imponer a los prestadores de servicios de intermediación una obligación *general* de supervisión o una obligación *general* de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen la existencia de actividades ilícitas¹⁶⁴.

Para justificar la postura de los tribunales españoles podría aducirse, de un lado, que la prohibición de una obligación general de supervisión y la propia exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación se basan en la idea de que éstos no pueden ejercer un control exhaustivo sobre la ingente cantidad de información que almacenan sin alterar gravemente el funcionamiento de internet¹⁶⁵. Sin embargo, frente a lo que sucede cuando se trata de servicios de «hosting» puro o de redes sociales de ámbito global, en el caso de páginas webs, foros, etc. habilitados por concretas personas físicas o jurídicas, la información que albergan es limitada. De ahí que, siendo distinto el punto de partida, tenga sentido exigirles cierto control¹⁶⁶. De hecho, de la juris-

¹⁶³ En este sentido CHAPARRO MATAMOROS, 2019, pp. 131 y 132, texto y nota 72; DE MIGUEL ASENSIO, 2022, pp. 303 y 359. HERRERA DE LAS HERAS, 2017, p. 66, parece considerar determinante a estos efectos el que se incorpore o no un sistema efectivo de identificación de usuarios. Si no se hace así opina que «no sería descabellado» pensar que la «red social» debe responder por la intromisión ilegítima que puedan cometer quienes publican en ella comentarios o mensajes. Otros autores, como GRIMALT, 2017, cit., pp. 74-76, estiman también que quien aloja datos de terceros en su blog, muro de Facebook, etc., debe vigilar lo que se publica en ellos y retirar los contenidos que puedan lesionar derechos de terceros.

¹⁶⁴ DE MIGUEL ASENSIO, 2022, p. 342, parece entender que sí, pero no aclara cómo se compatibiliza, limitándose a afirmar que la concreción de las implicaciones del artículo 15 de la Directiva cuando se trata de actividades que van unidas a un elevado riesgo de presencia de contenidos ilícitos requiere un análisis casuístico.

¹⁶⁵ Vid. CLEMENTE MEORO, 2003, pp. 40, 41, 21, texto y nota 129; BUSTO LAGO, 2014, pp. 627 ss.

¹⁶⁶ Tomando como base la opinión de CLEMENTE MEORO, 2003, p. 99, que señala que cuando se almacena gran cantidad de datos es comprensible que el prestador del servicio no conozca la información ilícita almacenada, incide en esta cuestión CHAPARRO MATAMOROS, 2019, p. 118. HERRERA DE LAS HERAS, 2017, p. 60, observa, asimismo, que «no se puede aplicar el mismo rasero a las webs que a las redes sociales» ya que el número

prudencia del TEDH se desprende que la postura mantenida por los tribunales españoles no es aislada¹⁶⁷ y la doctrina pone de manifiesto la tendencia existente, no solo en España, sino también en otros países europeos, a imponer, con frecuencia judicialmente, deberes de diligencia al intermediario¹⁶⁸. En los supuestos en que el contenido de los posibles comentarios de los usuarios viene predeterminado por el responsable del foro, web, etc., de que se trate (por ejemplo, cuando se habilitan espacios específicos para comentar cierta noticia, asunto, o manifestar quejas sobre ciertas personas o entidades) cabría aducir también que no se da la neutralidad¹⁶⁹ (Cdo. 42 de la Directiva; Cdo. 18 RSD) que es presupuesto necesario para que opere la exención de responsabilidad¹⁷⁰.

En cualquier caso, no parece que este «deber» de controlar los contenidos que vierten los usuarios pueda hacerse extensible con carácter general a las redes sociales propiamente dichas (dada la ingente cantidad de datos que manejan y la imposibilidad de impo-

de usuarios hace que el conocimiento efectivo por parte de los prestadores de servicios de las webs sea muchísimo más sencillo que el de las redes sociales.

¹⁶⁷ En el supuesto resuelto por la STEDH 16 junio 2015, caso *Delfi versus Estonia*, (JUR 2015/156017), los tribunales estonios condenaron a un portal de noticias a consecuencia de las amenazas e insultos vertidos contra el accionista de una empresa, al hilo de un artículo, por los usuarios del portal. Consideraron que la actividad del portal de noticias no era puramente técnica y pasiva y que las medidas que había adoptado para proteger los derechos de la personalidad ajenos no eran suficientes, pues tendría que haber detectado los contenidos ilícitos retirándolos inmediatamente. El TEDH avaló la decisión de los tribunales internos, concluyendo que no suponía una injerencia desproporcionada en la libertad de expresión. La STEDH de 2 de febrero de 2016, caso *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y Index.Hu ZRT contra Hungría* (TEDH 2016/25), en un supuesto similar, estimó, sin embargo, que violaba el artículo 8 de la Convención la condena por parte de los tribunales húngaros a dos portales de noticias a consecuencia de los comentarios vertidos por los usuarios, pero la diferencia con el caso anterior es que los comentarios en cuestión no eran claramente ilícitos, pudiendo considerarse amparados por la libertad de expresión. De hecho, la sentencia reitera que los portales de noticias de internet, tal y como se afirmó en el caso *Delfi*, «deben asumir obligaciones y responsabilidades» (párrafo 62). Por su parte la STEDH de 2 de septiembre de 2021, caso *Sánchez contra Francia* (TEDH 2021/108) mantuvo la condena (en este caso penal) de los tribunales franceses al titular de un muro de Facebook que permitía insertar comentarios con acceso público, como consecuencia de los comentarios de contenido racista publicados por un usuario. Para los tribunales franceses sobre el demandado pesaba una obligación de controlar los contenidos publicados en su muro y el TEDH considera legítimo que se impongan obligaciones específicas a quien decide hacer accesible al público los contenidos publicados en su muro (párrafo 100).

¹⁶⁸ ARROYO AMAYUELAS, 2020, pp. 376 y 382.

¹⁶⁹ Sobre la neutralidad como presupuesto de las exenciones de responsabilidad *vid.* LÓPEZ RICHART, *Derecho privado y Constitución*, 2012, pp. 161 ss.; DE MIGUEL ASENSIO, 2022, pp. 335 ss.

¹⁷⁰ Así, por ejemplo, en relación con la citada STS de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013/2580), observa LÓPEZ RICHART, 2020, p. 414, que quizás la decisión del tribunal podría justificarse atendiendo a las circunstancias concurrentes ya que el foro venía predeterminado de forma peyorativa para el demandante por el título asignado, por lo que el demandado no era totalmente «neutral» respecto de su contenido.

nerles una obligación general de supervisión¹⁷¹) ni que, respecto de estas plataformas, pueda presumirse el conocimiento efectivo por el mero hecho de que sus usuarios publiquen expresiones claramente difamatorias¹⁷².

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el RSD, con el fin de no desincentivar a los prestadores de servicios de intermediación para que adopten medidas de detección de contenidos ilícitos (Cdo. 26) dispone en su artículo 7 que el mero hecho de que un prestador haya realizado investigaciones de buena fe, o adoptado medidas dirigidas a detectar, identificar y retirar contenidos ilícitos no impide acogerse a las exenciones de responsabilidad previstas en los artículos precedentes para los servicios de transmisión, memoria caché y, por lo que aquí interesa, almacenamiento de datos. ¿Cómo conciliar esta regla con la postura que viene manteniendo en nuestro país el TS?. Del Considerando 26 parece deducirse que lo que se pretende es evitar que el establecimiento de mecanismos preventivos de detección de contenidos ilícitos lleve a negar la neutralidad de la actividad del intermediario, pero nada más¹⁷³. Por ello cabe pensar que si, habiéndose adoptado medidas de detección de contenidos ilícitos, estas no son suficientes o son fallidas, puede considerarse, en casos concretos como los enunciados con anterioridad, que no ha de operar la exclusión de responsabilidad porque el intermediario debía haber tenido conocimiento de la ilicitud de los contenidos y, por consiguiente, haberlos retirado.

Al margen de lo indicado, de lo expuesto se desprende que el sujeto que ve lesionados sus derechos de la personalidad a través de una red social o un servicio equivalente puede dirigirse contra el proveedor de la red social o el responsable de dicho servicio (blog, foro, etc.) a fin de que retire el contenido lesivo. De hecho el artículo 16 RSD, como ya se ha indicado, obliga a los prestadores

¹⁷¹ Recuérdese que la STJUE 16 febrero 2012, C-360/10, *Netlog*, consideró que era contrario a la Directiva imponer al operador de una red social una obligación de filtrado general para todos sus usuarios, de carácter preventivo y por tiempo ilimitado, con el fin de evitar la posible vulneración de derechos de autor.

¹⁷² Cuestión distinta es la responsabilidad en que puedan incurrir por incumplimiento de las obligaciones impuestas por el RSD a los prestadores de servicios de alojamiento, como el establecimiento de mecanismos efectivos de notificación de contenidos ilícitos ya mencionado (art. 16.1 RSD) u otras obligaciones aplicables a las plataformas en línea de gran tamaño (cfr. arts. 33 y ss. RSD) como el establecimiento de medidas de reducción de riesgos (art. 35 RSD).

¹⁷³ Según el Cdo. 26 «... Por consiguiente, las actividades y medidas que un determinado prestador pueda haber adoptado no deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si el prestador puede acogerse a una exención de responsabilidad, *en particular en lo que se refiere a si presta su servicio de forma neutra, y, por tanto, puede quedar sujeto al ámbito de aplicación de la disposición pertinente, sin que este criterio implique no obstante, que el prestador pueda necesariamente acogerse a ella*. Las acciones voluntarias no deben utilizarse para eludir las obligaciones de los prestadores de servicios intermediarios en virtud del presente Reglamento» (los subrayados son míos).

de servicios de alojamiento de datos a establecer mecanismos para notificar contenidos ilícitos¹⁷⁴. Ahora bien, para que el prestador del servicio atienda su petición será necesario que la solicitud sea suficientemente precisa y resulte evidente la ilicitud del contenido en cuestión (cfr. art. 16.3 RSD) –es decir, su carácter de intromisión ilegítima–¹⁷⁵. De otro modo el prestador del servicio de intermediación no incurrirá en responsabilidad por no acceder a tal petición.

En cualquier caso, además de exigir responsabilidad al prestador del servicio de almacenamiento de datos que no retira los contenidos ilícitos, la víctima podrá solicitar que se recaben otras medidas de tutela, pudiendo, en particular, ejercer la acción de cesación dirigida a obtener su retirada. Tanto en la Directiva como en el RSD se presupone que el éxito de estas otras medidas es independiente de que se den las condiciones para considerar al proveedor del servicio de alojamiento responsable del daño (cfr. Cdo. 45 Directiva 2000/31; Cdo. 25 RSD). Por ello a tal efecto solo será necesario que el contenido de que se trate conlleve una intromisión ilegítima en el derecho de la personalidad del interesado. Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la acción de cesación puede estar dirigida tanto a poner fin a la infracción existente como a evitar infracciones futuras (STJUE de 12 de julio de 2011, C-324/09, *L'Oreal*) y puede pretender no sólo la retirada o bloqueo de los contenidos declarados ilícitos sino también la retirada de contenidos *idénticos* o *similares* (STJUE de 3 de octubre de 2019, C-18/18, *E.G.P v. Facebook*¹⁷⁶).

¹⁷⁴ Además, en caso de que procedan a su bloqueo o retirada, deben informar de los motivos de su decisión a los afectados (art. 17). *Vid.* al respecto, Cdos. 53 y 54.

¹⁷⁵ Conviene tener en cuenta que la ilegitimidad de la intromisión es relativamente fácil de detectar cuando se trata de expresiones difamatorias. No lo es tanto, sin embargo, cuando es consecuencia de la imputación de hechos falsos. En tal hipótesis para que pueda considerarse evidente la ilicitud de la información publicada sería necesario que se aportaran pruebas al respecto. En caso de solicitarse la retirada de una imagen con base en el incumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 8.2 LO1/82 para fundamentar su licitud, sería necesario, igualmente, justificarlo. Si la solicitud se basa en que se ha publicado la imagen sin consentimiento del titular habría que acreditar que no hubo tal consentimiento. No obstante, también podría entenderse que la solicitud de retirada implica, en cualquier caso, la revocación del mismo [en este sentido GRIMALT, 2011, b), p. 189], por lo que el prestador del servicio de intermediación debería atender tal petición. Si se solicitara la retirada de cierta información por lesionar la intimidad de quien se dice afectado (situación que tampoco parece que se dé con mucha frecuencia en la práctica) la evidencia o no de la «ilicitud» dependerá del tipo de información de que se trate.

¹⁷⁶ En el caso enjuiciado por esta sentencia los tribunales internos habían dictado medidas cautelares obligando a Facebook a bloquear el acceso a los comentarios difamatorios vertidos contra la demandante. El Tribunal remitente interrogó sobre la posibilidad de imponer al intermediario una obligación de eliminar contenidos idénticos a los declarados previamente ilícitos, así como la obligación de suprimir contenidos similares. El TJUE respondió afirmativamente, estimando que esto no implicaría una obligación general de supervisión, si bien aclara que, por lo que respecta a contenidos similares, esto es así siem-

En la medida que la LSSI y el RSD se limitan a establecer exenciones de responsabilidad, quedando la responsabilidad de los prestadores de servicios de almacenamiento sujeta a la normativa interna que resulte aplicable, debe entenderse que el plazo para el ejercicio de acciones frente a estos sujetos es el previsto en el artículo 9.5 LO 1/1982¹⁷⁷.

5. EL EJERCICIO DEL DERECHO AL OLVIDO FRENTE A «SERVICIOS DE REDES SOCIALES Y SERVICIOS EQUIVALENTES» (ART. 94 LOPD)

De las reglas de exoneración de responsabilidad contenidas en la LSSI y, asimismo, en el RSD, se deduce que quienes se sienten perjudicados por contenidos publicados en la red pueden notificar a los prestadores de servicios de almacenamiento el carácter «ilícito» o «lesivo» de tales contenidos con el fin de que procedan a eliminarlos¹⁷⁸. Ahora bien, el carácter lesivo o ilícito de los contenidos publicados presupone que deben ser constitutivos de una intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del afectado. Con independencia de esta facultad, la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, tras reconocer el derecho al olvido frente a motores de búsqueda (art. 93)¹⁷⁹ ha regulado la posibilidad de ejercer el derecho al olvi-

pre que las diferencias en su formulación no obliguen al prestador del servicio de alojamiento a realizar una apreciación autónoma de su licitud. Comenta esta sentencia LÓPEZ RICHART, 2020, cit., p. 421.

¹⁷⁷ Lo mismo cabe decir respecto de la acción de cesación y las demás medidas previstas en el artículo 9 LO 1/1982. Respecto de la primera, del artículo 13 de la Directiva como del artículo 9 RSD en relación con el Cdo. 31 se desprende que las acciones de cesación (las órdenes de retirada o actuación contra contenidos lesivos) se rigen igualmente por el Derecho interno que resulte aplicable. Con todo, si se piensa que la responsabilidad de los prestadores de servicios de almacenamiento no se basa en la mera existencia de la intromisión ilegítima, sino que es necesario además que hayan actuado negligentemente al albergar los datos ajenos cabría plantearse la aplicación del artículo 1968.2 CC. No obstante, al ser este plazo de inferior duración, no parece que vaya a favorecer mucho a la víctima a menos que se dedique repetidamente a interrumpir la prescripción.

¹⁷⁸ En caso contrario podrán ejercitar las acciones previstas en el artículo 9 LO 1/1982, como la acción de cesación y, en particular la acción de responsabilidad al no darse las condiciones previstas para la exención de responsabilidad.

¹⁷⁹ Conviene advertir que el derecho al olvido puede ejercitarse: a) frente a motores de búsqueda, que fue el supuesto consagrado en la conocida STJUE 13 mayo 2014, Caso Google Spain, C 131/12; b) frente a redes sociales y servicios equivalentes y c) frente a medios de prensa de carácter digital, tal como ha admitido la jurisprudencia española –STS de 15 de octubre de 2015, RJ 2015/4417; STC 58/18–. Solo en el segundo supuesto el derecho al olvido conlleva, propiamente, la supresión de los datos personales en cuestión en la web en la que se publicó. En el primer caso el derecho al olvido está dirigido a la eliminación de enlaces de una lista de resultados y, en el tercero, su estimación no determina la supresión de los datos personales en la fuente originaria sino la adopción, por parte

do frente a los proveedores de redes sociales y servicios equivalentes. A través de este mecanismo el interesado (siempre que sea persona física¹⁸⁰) puede obtener la supresión de contenidos que les afecten y que hayan sido publicados por terceros en la red¹⁸¹, si se dan los requisitos que se van a examinar a continuación. Los contenidos han de poder calificarse como «datos personales», pero, dada la amplitud del concepto de «dato personal»¹⁸², puede considerarse como tal tanto la información lesiva para la intimidad de una persona como la información o las opiniones¹⁸³ ofensivas o injuriosas relativa a ella, e, igualmente, las imágenes o información gráfica que permitan identificarla. Por otra parte, la petición debe hacerse al proveedor de la red social o responsable del servicio equivalente (*v. gr.* titular de la página web o blog en que se publican los contenidos), que, en su calidad de «responsables del tratamiento» (*vid.* Cdo. 18 RGPD), deben encargarse de eliminar los contenidos¹⁸⁴.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el derecho al olvido, que viene configurado en el Reglamento General de Protección de datos (Reglamento UE 2016/679) como una modalidad del derecho de supresión o cancelación de datos personales (art. 17), no puede ejercitarse respecto de cualquier contenido publicado por un usuario de una red social o un «servicio equivalente», ya que el propio artículo 94.2 LOPD, en su inciso tercero, dispone que no operará en relación con datos facilitados «por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas». Ello se explica porque la normativa de protección de datos personales no se aplica

del medio de prensa, de medidas dirigidas a impedir la indexación de la información. Sobre ello, SANTOS MORÓN, *RDC*, 2022.

¹⁸⁰ Adviértase que el derecho a la protección de datos personales solo se reconoce respecto de personas físicas (art. 1 RGPD y 1.ª LOPD) por lo que, en rigor, y aunque el artículo 94 LOPD alude a «toda persona», las personas jurídicas no pueden ejercer el derecho al olvido en relación con «datos personales».

¹⁸¹ El artículo 94.1 LOPD permite también a quien ha publicado voluntariamente datos en una red social o servicio equivalente dirigirse contra el proveedor para solicitar la eliminación de los mismos, pero aquí nos interesa la posibilidad de ejercitar el derecho al olvido respecto de contenidos publicados por terceros. Dejamos también al margen el supuesto, contemplado en el artículo 94.3, de datos relativos a menores de edad.

¹⁸² *Vid.* lo indicado en la nota 12. Sobre el concepto de dato personal, por todos, SANTOS MORÓN, 2020, pp. 24-27.

¹⁸³ Que las opiniones, positivas o negativas, relativas a una persona identificable pueden considerarse datos personales se desprende de la STJUE 20 diciembre 2017, caso Nowak, C-454/16.

¹⁸⁴ Según se deduce del artículo 95, y en particular de sus apartados 1 y 3, es el prestador del servicio quien debe proceder a eliminar los datos publicados (SANTOS MORÓN, *RDC*, 2022, p. 99; SUÁREZ ESPINO, 2022, pp. 390 y 399), afirmándose que dicha obligación de supresión constituye una obligación de resultado (DÍAZ DÍAZ, 2021, p. 2490). Corresponde, por otra parte, a los proveedores de redes sociales y servicios equivalentes proporcionar los medios para que los afectados puedan ejercer de forma ágil y sencilla su derecho al olvido (SUÁREZ ESPINO, 2022, 399) aunque habría sido conveniente que el precepto lo indicara expresamente, como hace el artículo 85 LOPD en relación con el derecho de rectificación.

a las actividades «exclusivamente personales o domésticas» (cfr. art. 2.2.c) RGPD). Ha de tratarse por tanto de contenidos publicados por un usuario *que actúe fuera del ámbito personal o doméstico*. En el caso de las redes sociales, foros, blogs, etc. suele entenderse que el usuario actúa fuera de ese ámbito si tiene un perfil abierto o un muy elevado número de contactos, o si utiliza la red social con una finalidad comercial o profesional o como «plataforma de colaboración con una empresa»¹⁸⁵. Por consiguiente, esta facultad no podrá ser ejercitada para eliminar, por ejemplo, las afirmaciones realizadas por un tercero en torno a nuestra persona, aunque las consideremos lesivas para nuestra intimidad o nuestro honor, si las ha publicado en una cuenta de Facebook a la que solo tiene acceso su grupo de amigos. Por el contrario, podrá ejercerse respecto de contenidos publicados por un usuario de la red sin restricciones (por ejemplo, en una cuenta abierta de una red social o en un foro o blog de acceso público) o actuando con fines comerciales o profesionales (por ejemplo, en LinkedIn).

Dándose esta situación ¿en qué casos puede solicitarse la supresión de información de carácter personal en ejercicio de este derecho? La conocida STJUE 13 mayo 2014 (caso *Google Spain*, C-131/12), que consagró el derecho al olvido frente a motores de búsqueda, estableció que debía operar tal derecho cuando la información personal enlazada resultara *inadecuada, inexacta, no pertinente o excesiva* en relación con los fines del tratamiento y el tiempo transcurrido, ya que un tratamiento inicialmente lícito de datos puede devenir, con el paso del tiempo, incompatible con la normativa de protección de datos¹⁸⁶. Y ello porque un tratamiento de esas características vulneraría los principios del tratamiento¹⁸⁷, que exigen que los datos personales sean recogidos y tratados con fines determinados; sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con esos fines; sean exactos y, en su caso actualizados; y se conserven únicamente por el periodo necesario para el cumplimiento de los fines del tratamiento¹⁸⁸.

¹⁸⁵ En este sentido SANTOS MORÓN, *RDC*, 2022, pp. 31 y 32. *Vid.* SUÁREZ ESPINO, 2022, pp. 397 y 398; FERNÁNDEZ ACEVEDO, 2019, pp. 919 y 920; TRONCOSO REIGADA, 2013, pp. 91, 92 y 94; también en *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2012, pp. 68 y 69.

¹⁸⁶ Cfr. apartados 92-94 de dicha sentencia.

¹⁸⁷ Estos principios estaban recogidos en el artículo 6 de la Directiva 95/46 y en el artículo 4 LOPD 1999, bajo el calificativo de principios «de calidad de los datos». En la actualidad están consagrados en el artículo 5 RGPD, que no habla ya de «calidad» de los datos sino solo de «principios relativos al tratamiento».

¹⁸⁸ Así, como pone de relieve la STJUE 13 mayo 2014, en su apartado 93, no sólo sería incompatible con la normativa de protección de datos un tratamiento de datos inexacto, sino también aquel tratamiento de datos que, aun siendo exacto, resulta innecesario para los fines para los que se recogieron y trataron los datos, como sucede cuando los datos son inadecuados, no pertinentes o excesivos, en relación con esos fines y el tiempo transcurrido. Por eso, como observa la reciente STC 89/2022 de 19 de junio (FJ 3, b), este último

Pues bien, el artículo 94.2 LOPD, al igual que el artículo 93, que regula el derecho al olvido «en búsquedas de internet», recoge los criterios establecidos en la sentencia señalada y permite exigir la supresión de aquellos datos personales que resulten «inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos, o hubieran devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información».

De acuerdo con dicho precepto, para determinar cuándo los contenidos publicados por terceros en la red pueden reputarse incompatibles con la normativa de protección de datos hay que tomar en consideración la finalidad del tratamiento de datos realizado, el tiempo transcurrido y el interés público de dicha información. Así, para valorar el carácter «inadecuado» «no pertinente» o «excesivo» de los datos personales difundidos en la red hay que tener en cuenta, en primer lugar, si se corresponden con la finalidad perseguida con el tratamiento, pues, por ejemplo, para informar de un suceso delictivo no es preciso difundir datos íntimos de la víctima, ni para criticar la actividad de un sujeto, en ejercicio de la libertad de expresión, es preciso emplear expresiones injuriosas. En segundo lugar, es necesario valorar el tiempo transcurrido, ya que puede ocurrir que el carácter inadecuado, no pertinente o excesivo sea consecuencia del paso del tiempo, que provoca que los datos personales en cuestión dejen de ser necesarios para cumplir los fines del tratamiento. Este segundo elemento, el transcurso del tiempo, está especialmente relacionado con el relativo al «interés público» de los datos personales en cuestión. La necesidad de tomar en consideración dicho interés público se explica porque las libertades de información y expresión constituyen un límite al derecho de supresión de datos y, por consiguiente, al derecho al olvido (art. 17.3 RGPD). Así, por ejemplo, mientras que puede tener interés público el informar en un foro o en un blog de prácticas irregulares o dañinas desarrolladas por un profesional, en cuyo caso no procedería el derecho al olvido por estar amparado el tratamiento de datos en el derecho a la libertad de información¹⁸⁹ [cfr. art. 17.3.a) RGPD]

supuesto queda englobado en el recogido en el artículo 17.1.a) RGPD –y anteriormente en el artículo 12.b) de la Directiva 95/46– que reconoce el derecho de supresión de datos cuando éstos no son necesarios para los fines para los que se recogieron o trataron.

¹⁸⁹ Tanto la AN como el TS suelen desestimar el derecho al olvido cuando se pretende la supresión de enlaces a información sobre prácticas profesionales irregulares de un sujeto por considerarse que existe un interés de los potenciales usuarios de esos servicios en contar con dicha información. Algo similar sucede cuando se trata de enlaces a comentarios críticos sobre la actividad profesional del reclamante, salvo que se superen los límites de la libertad de expresión. *Vid.* SANTOS MORÓN, *RDC*, 2022, pp. 80-84. Conviene advertir, no obstante, que la STC 89/2022, de 29 de junio, puede modificar la interpretación habitualmente realizada en los tribunales ordinarios. Esta sentencia mantiene un crite-

carecerá de tal interés la información relativa a sus relaciones sentimentales, por lo que, además de vulnerar su derecho a la intimidad, tal información podrá considerarse «inadecuada» «no pertinente» o «excesiva» desde la perspectiva del derecho a la protección de datos personales¹⁹⁰. Por otra parte, si bien la información, publicada en una red social o servicio equivalente, sobre, por ejemplo, la comisión de un delito por cierta persona, puede considerarse en principio de interés público, el hecho de que el delito se haya cometido 15 o 20 años antes, puede hacer decaer la relevancia pública de tal información, no estando, por tanto, justificado su mantenimiento en la red a la luz de la finalidad perseguida con ese tratamiento de datos¹⁹¹. De hecho, uno de los casos más típicos de ejercicio con éxito del derecho al olvido frente a motores de búsqueda es aquel dirigido a obtener la eliminación de enlaces a noticias sobre delitos cometidos largo tiempo atrás¹⁹².

En cualquier caso, conviene advertir que, tanto de la jurisprudencia europea, como de las decisiones de los tribunales españoles sobre el derecho al olvido¹⁹³ se desprende que a la hora de valorar si debe prosperar el derecho al olvido es fundamental la ponderación de los derechos en conflicto, esto es, el derecho a la protección de datos personales y las libertades de información y expresión, resultando de aplicación al respecto la doctrina constitucional sobre el conflicto entre la libertad de información y expresión y los

rio opuesto al sostenido por el TS (Sala 3.ª) en su S de 17 septiembre 2020 (RJ 2020/3297), que desestimó la pretensión del demandante de eliminar enlaces a un foro en el que se criticaba su actividad profesional por entender que existía un interés protegible de los internautas en acceder a dicha información. Según el TC, el criterio del «interés general» debe valorarse de modo más estricto cuando se trata de buscadores, por lo que rechaza que pueda considerarse de interés público el tener acceso a información profesional relativa a un sujeto privado. Más fundado me parece, sin embargo, el voto particular emitido por los magistrados discordantes, que sostiene que la noción de interés general abarca en la actualidad no solo lo relativo a la gestión de intereses comunitarios, sino también otras cuestiones, como la experiencia en la prestación de bienes y servicios, que forman parte esencial de la opinión pública.

¹⁹⁰ Téngase en cuenta que para que sea lícito el tratamiento de datos personales es necesario el consentimiento del interesado o que exista otra base de legitimación de las recogidas en el artículo 6 RGPD, base que en este supuesto no existiría.

¹⁹¹ Son significativas en este sentido la STS de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015/4417) y la STC 58/2018, relativas al ejercicio del derecho al olvido frente a un medio de prensa a consecuencia de la publicación en su hemeroteca digital de una noticia sobre sucesos acaecidos muchos años antes. De dichas sentencias se desprende que la relevancia pública de una noticia (que en el supuesto enjuiciado se refería además a personas que, salvo por su condena por tráfico de drogas años atrás, carecían de relevancia pública) está conectada con su actualidad, de modo que cuando se refiere a hechos pasados puede desaparecer el interés público. Sobre ello, SANTOS MORÓN, *RDC*, 2022, pp. 104 ss.

¹⁹² *Vid.* SANTOS MORÓN, *RDC*, 2022, pp. 86 ss., 96.

¹⁹³ La generalidad de las sentencias (en unos casos de la AN, en otros del TS, Salas 1.ª y 3.ª según los casos) se pronuncian sobre el ejercicio del derecho al olvido frente a motores de búsqueda o frente a medios de prensa de carácter digital. No existe todavía un cuerpo de doctrina sobre el derecho al olvido en el ámbito de las redes sociales y derechos equivalentes.

derechos a la intimidad y al honor¹⁹⁴. Esto supone que, aunque en principio para obtener, en ejercicio del derecho al olvido, la supresión de los contenidos publicados en una red social o servicio equivalente por un tercero no será necesario que tales contenidos sean constitutivos de una intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del afectado (basta con que los datos personales en cuestión sean «inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos» desde la perspectiva de la normativa de protección de datos) en la práctica para que prospere el derecho al olvido han de darse circunstancias similares a las necesarias para que exista una intromisión ilegítima.

Así, si la información publicada en una red social o servicio equivalente es de interés público, como regla no podrá ser eliminada en ejercicio del derecho al olvido, a menos, como se ha dicho, que tal información haya devenido obsoleta y carente de relevancia debido al transcurso del tiempo, en cuyo caso podrá considerarse que el tratamiento de datos es «inadecuado» «no pertinente» o «excesivo» respecto de su finalidad inicial. Cuando se trata de información relativa a prácticas profesionales o comerciales irregulares o de críticas a la actividad profesional de una persona, en tanto puedan considerarse amparadas, respectivamente, en la libertad de información y la libertad de expresión (siempre que la opinión emitida no traspase los límites de esta última empleando expresiones claramente insultantes u ofensivas), tampoco podrá obtenerse su supresión mediante la invocación del derecho al olvido.

En cambio, si los datos publicados por un tercero en un red social, un blog, foro, etc., contienen información personal de carácter privado o íntimo para el afectado, el ejercicio del derecho al olvido debe llevar a su eliminación, dado que en este caso no podrá ampararse el tratamiento de datos realizado en la libertad de información¹⁹⁵. En este sentido, el derecho al olvido puede constituir un instrumento útil para que los usuarios –que, como hemos visto, no suelen ejercitar en tales hipótesis acciones judiciales en defensa de su derecho a la intimidad– puedan obtener la eliminación de información personal que les concierne y que haya sido compartida por otros usuarios¹⁹⁶. Lo mismo ocurrirá cuando se trate de opiniones críticas sobre una persona que carezcan de interés general¹⁹⁷ o no respeten el límite de la proporcionalidad. También podrá ejercitar-

¹⁹⁴ SANTOS MORÓN, *RDC*, 2022, pp. 75, 78 y 79.

¹⁹⁵ En esta hipótesis se estará ante un tratamiento de datos «inadecuado», «no pertinente» o «excesivo», además de ante un tratamiento carente de toda base de legitimación (art. 6 RGPD en relación con el art. 17.1.d RGPD). SANTOS MORÓN, *RDC*, 2022, p. 103.

¹⁹⁶ En esta línea SUÁREZ ESPINO, 2022, p. 397.

¹⁹⁷ *Vid. supra*, epígrafe 2.1.1.

se el derecho al olvido para solicitar la eliminación de imágenes del afectado publicadas por un tercero sin su consentimiento o habiendo sido éste revocado¹⁹⁸.

A la vista de ello, cabría concluir que no hay gran diferencia entre los supuestos en que, ante contenidos publicados en redes sociales o servicios equivalentes, puede solicitarse al prestador de servicios de almacenamiento la retirada de éstos con base en la LSSI, y en adelante en el RSD, y los supuestos en que puede solicitarse la eliminación de tales contenidos en ejercicio del derecho al olvido. Existe, sin embargo, una excepción, que es el supuesto en que los datos personales difundidos son inexactos, inexactitud que puede ser originaria o puede deberse, en función de las circunstancias, al transcurso del tiempo y la falta de actualización de la información en cuestión. Por ejemplo, si se afirma que un sujeto es moroso cuando, con posterioridad a la publicación de esa información, ha sufragado su deuda, la falta de actualización de tal información determinará su inexactitud. Pero si se informa de que se ha entablado un procedimiento penal contra un sujeto, el hecho de que finalmente éste sea absuelto del delito en cuestión no determina propiamente la inexactitud de la información originaria, que sigue siendo cierta¹⁹⁹.

El artículo 17 RGPD no contempla expresamente como causa de ejercicio del derecho de supresión la inexactitud de los datos, pero ello resulta del artículo 5.1.d) RGPD, que al consagrar el principio de «exactitud» dispone que los datos personales de tratamiento deben ser exactos, y, en su caso, actualizados, debiendo suprimirse o rectificarse²⁰⁰ sin dilación los datos personales que sean

¹⁹⁸ Y no sólo porque de acuerdo con la LO 1/1982 para la utilización de la imagen ajena es necesario, salvo en los supuestos del artículo 8.2, el consentimiento de su titular sino porque, en la medida que la imagen de una persona constituye un «dato personal», para su tratamiento es necesario el consentimiento del afectado salvo que exista otra base de legitimación (art. 6 RGPD), consentimiento que puede ser revocado en cualquier momento (art. 7.3 RGPD). La retirada del consentimiento al tratamiento de datos, es, por otra parte, uno de los supuestos en que, según el artículo 17.1.b) procede el derecho de supresión de datos personales.

La SAP 20 julio 2018 (JUR 2019/284984), antes mencionada, alude al «derecho al olvido» en relación con la solicitud de retirada de fotos del actor de las cuentas de redes sociales de su expareja, aunque en este caso el demandante ejercitó una acción por intromisión en su derecho a la imagen.

¹⁹⁹ Precisamente en relación con este tipo de supuestos, la LOPD, en su artículo 86 (y en su artículo 85.2 segundo inciso, que viene a reiterar lo establecido en el artículo 86) ha consagrado el «derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales» (*infra* ep. 5).

²⁰⁰ El derecho de rectificación, recogido en el artículo 16 RGPD (y asimismo en el artículo 14 LOPD) permite al interesado solicitar al responsable del tratamiento que se rectifiquen los datos personales inexactos que le conciernan, demostrando, en su caso, su inexactitud. En teoría este derecho podría ejercitarse frente al responsable de la red social o servicio equivalente en tanto responsable del tratamiento de datos llevado a cabo por los usuarios (*vid.* Cdo. 18 RGPD) siempre que éstos actúen fuera de su esfera personal o

inexactos con respecto a los fines que se tratan. De ahí que en la LOPD, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia europea sobre derecho al olvido, se incluya la «inexactitud» de los datos personales como supuesto de ejercicio del derecho al olvido, tanto frente a motores de búsqueda (art. 93)²⁰¹ como frente a los responsables de redes sociales y servicios equivalentes (art. 94).

De interés al respecto es la STS 3.^a de 11 de enero de 2019 (RJ 2019/8), que, en relación con el ejercicio del derecho al olvido frente a un motor de búsqueda, estima la solicitud de retirada de enlaces²⁰² a una noticia publicada en el País que contenía datos inexactos²⁰³, con independencia de la diligencia empleada a la hora de contrastarlos. Aunque la entidad demandada (Google Inc.), recurrió ante el TS aduciendo que la noticia era veraz y de interés público, el Alto Tribunal concluyó que debe operar el derecho al olvido digital «en aquellos supuestos en que la información que es objeto de difusión y cuya localización se obtiene a través de motores de búsqueda contenga *datos inexactos* que afectan en lo sustancial a la esencia de la noticia».

Aunque esta sentencia se refiere al supuesto en que el derecho al olvido pretende la eliminación de enlaces de una lista de resultados, de la misma cabe deducir que mediante el ejercicio de esta facultad derivada de la normativa de protección de datos personales puede obtenerse la supresión de datos personales inexactos, publicados en redes sociales o servicios equivalentes, con independencia de que quien los haya publicados haya actuado o no diligentemente. Es decir, el cumplimiento del canon de veracidad, entendido como diligencia a la hora de contratar la información, si bien excluye la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del afectado, no sería suficiente para permitir la subsistencia de los datos personales inexactos en la red.

De acuerdo con lo expresado cabe concluir que el derecho al olvido consagrado en el artículo 94 puede ser particularmente útil para obtener la eliminación de contenidos publicados en la red que

doméstica. No obstante, al prever la ley española que en este caso puede ejercerse el derecho al olvido frente al responsable de la red social o servicio equivalente, no parece necesario acudir al artículo 16 RGPD. Sobre esta cuestión *vid.* ep. 5.

²⁰¹ *Vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2020, p. 385.

²⁰² Recuérdese que cuando el derecho al olvido se ejercita frente a motores de búsqueda no lleva consigo, propiamente, la cancelación o supresión de los datos personales en cuestión (que pueden subsistir en la web enlazada) sino la desindexación o retirada del enlace de la lista de resultados. En cambio, el ejercicio de este derecho frente a las redes sociales y servicios equivalente está dirigido a la supresión de los datos en ellas publicados.

²⁰³ En dicho periódico se informaba de que el interesado, un funcionario que trabajaba como jefe forestal, había sido sorprendido por Agentes de Medio Ambiente ejerciendo la caza furtiva, por lo que había sido sancionado. Lo cierto era, sin embargo, que el funcionario formaba parte de una cuadrilla autorizada para el ejercicio de la caza, debiéndose la sanción impuesta a un enfrentamiento con agentes de medio ambiente por otros motivos.

contienen información falsa o inexacta, aunque tal información (por ser de interés público y cumplir el requisito de veracidad) no sea constitutiva de una intromisión ilegítima. Hay otros supuestos, como hemos visto, en que el éxito del derecho al olvido presupone circunstancias similares a las necesarias para que exista una intromisión ilegítima, por lo que podría pensarse que no aporta gran cosa respecto de la posibilidad, ya existente, de solicitar a los proveedores de servicios de almacenamiento de datos la eliminación de contenidos «ilícitos», so pena de que incurran en responsabilidad. Sin embargo, no por ello, deja de ser de utilidad. Téngase en cuenta que la posible acción de responsabilidad frente a los prestadores de servicios de almacenamiento que albergan contenidos que constituyen una intromisión ilegítima (así como la posible acción de cesación ex artículo 9 LO 1/1982) no puede ejercitarse transcurrido el plazo de cuatro años contado desde que se publicó la información lesiva. Sin embargo, el ejercicio del derecho al olvido no está sometido a plazo y puede ser ejercitado durante todo el tiempo en que subsista el tratamiento de datos. Esto implica que mediante esta herramienta podrá obtenerse la supresión de contenidos respecto de los cuales ya no podría exigirse judicialmente su retirada con base en el artículo 9 LO 1/1982 ni reclamarse responsabilidad en virtud de dicho precepto en relación con el artículo 16 LSSI (cfr. SSTS de 10 de junio de 2020, RJ 2020/1568²⁰⁴; de 2 de marzo de 2021, RJ 2021/877²⁰⁵). Además, la negativa a satisfacer el derecho al olvido cuando este es procedente permite al interesado ejercitar una acción de responsabilidad con base en el incumplimiento de la normativa de protección de datos (art. 82 RGPD)²⁰⁶, aunque haya transcurrido el plazo de ejercicio de la posible acción de responsabilidad derivada de la existencia de una intromisión ilegítima.

Por último, dada la reticencia que parece existir por parte de los usuarios a ejercitar acciones en defensa de su intimidad en relación con información personal que les concierne publicada por otros internautas, el derecho al olvido puede facilitar la eliminación de

²⁰⁴ Esta sentencia considera caducas las acciones ejercitadas por el demandante unos 10 años después de la publicación de las manifestaciones ofensivas en internet, pero afirma que ello es así «sin perjuicio del derecho de cancelación del tratamiento de datos personales que el afectado puede ejercitar en tanto se esté produciendo ese tratamiento» (FJ 6.7).

²⁰⁵ En esta sentencia, que considera igualmente caducas las acciones de protección al derecho al honor ejercitadas por el demandante en relación con una noticia publicada simultáneamente en papel y en la versión digital de un diario, se observa que el demandante no había ejercitado su derecho al olvido digital ni invocó su derecho a la supresión de datos en la web de la demandada como sucedió, en cambio, en el supuesto resuelto por la STS de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015/4417), y posterior STC 58/2018.

²⁰⁶ Sobre ello puede verse SANTOS MORÓN, 2022, pp. 225-247.

tales datos personales cuando no hay ninguna razón de interés público que pueda justificar su subsistencia en la red.

6. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN EN INTERNET (ART. 85.1 LOPD)

El artículo 85.1 LOPD ha venido a consagrar la posibilidad de ejercer el derecho de rectificación regulado en la LO 2/1984, no solo frente a «medios de comunicación social» (cfr. art. 1 LO 2/1984), sino también, frente a los «responsables de redes sociales y servicios equivalentes»²⁰⁷, quienes han de adoptar «protocolos adecuados» para posibilitar el ejercicio de tal derecho respecto de contenidos, vertidos por los usuarios, que puedan atentar «contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz».

A diferencia con lo que sucede con el derecho al olvido anteriormente examinado, este derecho de rectificación, aunque esté recogido en la LOPD, no es una facultad derivada de la normativa de protección de datos personales²⁰⁸, sino una aplicación de las reglas contenidas en la LO 2/1984, reguladora del derecho de rectificación, al entorno digital²⁰⁹. Por tanto, puede ejercerse con independencia de que exista o no un tratamiento de datos personales y con independencia de que el usuario que ha publicado los contenidos haya actuado o no fuera de su esfera personal o doméstica. Este derecho se ejercita en relación con *información* –el derecho de rectificación, tal y como se deduce de los artículos 1 y 2 LO 2/1984, tiene como objeto hechos y no opiniones²¹⁰– que el interesado con-

²⁰⁷ Tal y como está configurado, parece que este derecho ha de ejercitarse frente al responsable de la red social o servicio equivalente (y no frente al usuario) que es quién debe encargarse de que se publique el correspondiente escrito de rectificación. PASCUAL HUERTA, 2021, a), pp. 3996 y 3997; MARTÍNEZ CALVO, *RDC*, 2020, p. 158; CASTILLA BAREA, 2020, pp. 417-483, 486. COTINO HUESO, 2022, p. 185, opina, sin embargo, que la rectificación debería ir dirigida contra el autor.

²⁰⁸ Así se desprende, a *sensu contrario*, del artículo 2 LOPD que dispone que los títulos I a IX y, dentro del título X, los artículos 89 a 94, se aplican en tanto exista un tratamiento de datos personales. Por consiguiente, el ejercicio de este derecho de rectificación, que está recogido en el artículo 85 LOPD, no está supeditado a la existencia de un tratamiento de datos personales (en este sentido COTINO HUESO, 2022, p. 175).

²⁰⁹ Téngase en cuenta que, con anterioridad a la publicación de esta norma se discutía en la práctica judicial si era posible ejercer el derecho de rectificación ante mensajes difundidos en redes sociales y plataformas equivalentes, así como si debía ejercerse, en su caso, frente al autor, o frente a la red o plataforma. Sobre ello COTINO HUESO, 2022, pp. 179 ss.

²¹⁰ COTINO HUESO, 2022, pp. 176 y 179; CASTILLA BAREA, 2020, p. 452; MARTÍNEZ CALVO, *RDC*, 2020, pp. 144 y 150. En el caso de que la rectificación presentada por el interesado incluya opiniones o juicios de valor –en principio la rectificación debe limitarse a los hechos, artículo 2.2 LO 2/1984– se admite la posibilidad de control jurisdiccional

sidere perjudicial²¹¹ y no persigue la modificación de la información inicialmente publicada, sino que se publique, con relevancia semejante a la información original (art. 3 LO 2/1984) el denominado «escrito de rectificación» a través del cual el interesado puede ofrecer su versión de los hechos²¹². Para ello no es necesario que el interesado demuestre la falsedad o inexactitud de la información en cuestión, pues es suficiente con que el afectado así lo perciba y quiera ofrecer una versión alternativa²¹³.

Es indudable que la consagración legal de este derecho en el ámbito de las redes sociales y servicios equivalentes (*v. gr.* web, blog, foro, etc.²¹⁴) facilita a los que se consideren perjudicados por información vertida en la red la puesta en práctica del mismo. Pero es criticable que no se haya ampliado el plazo de ejercicio previsto en el artículo 2 LO 2/1984, que es de 7 días naturales desde que se publicó la información que se pretende rectificar, porque, como observa la doctrina, debido al elevado volumen de contenidos publicados en internet puede ser difícil detectar la información en cuestión y, además, determinar el momento exacto de su aparición²¹⁵.

Por otra parte, cabría preguntarse si no sería más útil para el perjudicado solicitar directamente la modificación de la información que considera incorrecta. En teoría, siempre que la información en cuestión conlleve un tratamiento de datos personales sujeto al RGPD y a la LOPD –lo que implica que ha debido ser publicada por un usuario que actúa fuera de su ámbito personal o doméstico-

dirigido a eliminar los párrafos valorativos (por ejemplo, STC 264/88; 51/2007; 99/2011). Sobre ello puede verse la STS de 14 de junio de 2017 (RJ 2017/2842) que, en el caso concreto, estima, sin embargo, innecesario eliminar el juicio de valor incluido en el escrito en cuestión por ser su relevancia en el conjunto del mismo escasa y tener relación directa con los hechos.

²¹¹ El precepto parece exigir que los contenidos en cuestión provoquen un efecto lesivo contra el honor o la intimidad del afectado. La referencia a la intimidad resulta un tanto extraña porque el derecho de rectificación se ha relacionado tradicionalmente con la protección del derecho al honor, en tanto va dirigido a que el interesado dé su propia versión de hechos que considera inexactos. La referencia al «derecho a comunicar o recibir libremente información veraz» se explica porque también permite proteger el derecho a recibir información veraz (entre otras STC 99/2011; 51/2007) 168/86. *Vid.* COTINO HUESO, 2022, pp. 175 y 176; CASTILLA BAREA, 2020, p. 452.

²¹² *Vid.* MARTÍNEZ CALVO, *RDC*, 2020, pp. 159 ss.

²¹³ PASCUAL HUERTA, 2021, a), p. 3983; MARTÍNEZ CALVO, *RDC*, 2020, p. 151; LÓPEZ ULLA, 2021, p. 4026.

²¹⁴ Por ejemplo, en el supuesto resuelto por la mencionada STS 14 junio 2017 (RJ 2017/72842) este derecho se ejerció contra la Asociación Unificada de guardias civiles que publicó en su web un texto que vertía descalificaciones contra un sargento de la guardia civil que según éste eran infundadas.

²¹⁵ COTINO HUESO, 2022, p. 191; MARTÍNEZ CALVO, *RDC*, 2020, p. 161. Este autor opina que lo conveniente sería que se computara el plazo desde que el afectado ha podido tener conocimiento de la información sin faltar a la buena fe (pp. 161 y 177). Por otra parte, una vez recibido el escrito de rectificación hay un plazo de 3 días para publicarlo (art. 3.1 LO 2/1984).

el interesado podría dirigirse al responsable del tratamiento²¹⁶, para solicitar, de acuerdo con los artículos 16 RGPD y 14 LOPD, la «rectificación de los datos personales inexactos que le conciernan»²¹⁷. Aunque este derecho no está sujeto a plazo y puede ejercerse mientras subsista el tratamiento, para obtener la modificación o corrección de los datos en cuestión, será necesario demostrar su carácter inexacto (art. 14 LOPD)²¹⁸. Pues bien, aunque en principio no cabe negar la posibilidad de ejercer tal derecho de rectificación en relación con datos personales publicados por terceros en redes sociales y servicios equivalentes, la consagración del derecho al olvido en este ámbito lo hace probablemente innecesario, a menos que el interesado prefiera el mantenimiento de la información en cuestión en internet (aunque rectificadas), en lugar de su eliminación.

Para terminar, conviene aludir al párrafo segundo del artículo 85 que dispone: «Cuando los medios de comunicación digitales deban atender la *solicitud de rectificación* formulada contra ellos deberán proceder a la publicación en sus archivos digitales de un *aviso aclaratorio* que ponga de manifiesto que la noticia original no refleja la situación actual del individuo. Dicho aviso deberá aparecer en lugar visible junto con la información original». Aunque el precepto se refiere a una solicitud de rectificación, lo cierto es que las consecuencias que anuda no son las propias del derecho de rectificación de la LO 2/1984. Más bien se está refiriendo al supuesto contemplado en el artículo 86 LOPD, que consagra el derecho de «toda persona de solicitar a los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible» cuando la información contenida en una noticia que le concierne no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias acaecidas con posterioridad.

De hecho, la facultad consagrada en el artículo 85.2 se ejercita frente a «medios de comunicación digital», no frente a los responsables de redes sociales o servicios equivalentes (que son los sujetos a los que se alude en su párrafo primero), y no trae consigo la publicación de un escrito de rectificación sino la inserción de un «aviso de actualización», junto a la noticia original. No se entien-

²¹⁶ Responsables del tratamiento pueden ser considerados, tanto el proveedor de la red social o servicio equivalente, como el propio usuario que ha publicado los datos (si actuó fuera de su ámbito personal o doméstico).

²¹⁷ COTINO HUESO, 2022, p. 192, observa, en este sentido, que el derecho de rectificación de la LO 2/1984, al que se refiere el artículo 85 LOPD, puede converger con el derecho de rectificación que forma parte del derecho fundamental a la protección de datos y con el derecho al olvido.

²¹⁸ Sobre las diferencias entre el derecho de rectificación «de datos personales» basado en el artículo 16 RGPD y el derecho de rectificación al que alude el artículo 85 LOPD, PASCUAL HUERTA, 2021, a), p. 3983, y, asimismo, PASCUAL HUERTA, 2021, b), p. 1534.

de, por tanto, por qué se hace referencia a ella en este precepto y no, únicamente, en el artículo 86²¹⁹. En cualquier caso, lo que sí parece claro es que este derecho «a la actualización» –que según el artículo 86 procede, particularmente, en el supuesto de noticias referidas «a actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado como consecuencia de decisiones judiciales posteriores» (v. gr. imputación de un delito del que el acusado resulta absuelto)– tiene sentido en la medida que en tal hipótesis la protección del interesado ante las posibles consecuencias negativas derivadas de la información inicial²²⁰ difícilmente puede llevarse a cabo a través del derecho de rectificación consagrado en la LO 2/1984, ni tampoco a través del derecho al olvido²²¹. Piénsese que, como ya se anticipó, el hecho de que la información publicada no se haya actualizado haciendo referencia al resultado del procedimiento penal no significa que los datos personales incluidos en la noticia original sean inexactos, pues históricamente son ciertos, con independencia de que no reflejen la situación actual del afectado. Por otra parte, aunque pudiera pensarse que el transcurso del tiempo, unido a otras circunstancias (v. gr. falta de proyección pública del afectado, irrelevancia del delito en cuestión, etc.), podría llevar a considerar procedente el derecho al olvido, por resultar el tratamiento de datos «inadecuado» «no pertinente» o «excesivo» respecto de su finalidad inicial²²², hay que

²¹⁹ La doctrina observa que ambas normas provienen de la misma Enmienda y formaban inicialmente un todo, por lo que no se comprende la razón de la escisión (CASTILLA BAREA, 2020, pp. 455 y 456) debiendo haberse fundido en un único precepto (LÓPEZ ULLA, 2021, p. 4008).

²²⁰ Adviértase que la falta de información sobre el desenlace del procedimiento penal no puede dar lugar a una vulneración en el derecho al honor del afectado porque la jurisprudencia, al analizar el canon de la veracidad, viene afirmando que la misma no queda excluida por el hecho de que la información publicada pueda ser desmentida o no resultar confirmada con el transcurso del tiempo [entre otras, SSTS de 18 de julio de 2019 (RJ 2018/2962); de 7 de mayo de 2019 (RJ 2019/2489); de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021/640); de 20 de julio de 2021 (RJ 2021/3664)] afirmando, asimismo, que el deber de diligencia no obliga al informador a esperar el resultado de las actuaciones penales, ya que la protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal /v. gr. SSTS de 30 de julio de 2014 (RJ 2014/4647); de 26 de abril de 2017 (RJ 2017/1841); de 18 de julio de 2018 (RJ 2018/2962); de 7 de mayo de 2019 (RJ 2019/2489)].

²²¹ En este sentido PASCUAL HUERTA, 2021, a), p. 4005.

²²² Cuando el derecho al olvido se ejercita contra motores de búsqueda y en relación con enlaces a noticias sobre actuaciones policiales o procedimientos judiciales en los que está implicado el interesado, los tribunales suelen tener en cuenta para decidir sobre su estimación el hecho de que el procedimiento haya sido sobreesoído o el interesado haya quedado absuelto, pero unido a otras circunstancias como el transcurso del tiempo o la falta de relevancia pública del interesado. Así, se desprende, por otra parte, de la STJUE de 24 de septiembre de 2019, C-136/17, que, respecto de la petición de eliminación de enlaces a información sobre procedimientos penales que se refieren a una etapa del procedimiento que no se corresponde con la situación actual del interesado, considera que debe valorarse, atendiendo al conjunto de circunstancias, si ha de prevalecer el interés del público en tener acceso a esa información. Sobre ello, SANTOS MORÓN, RDC, 2022, pp. 86-90.

tener en cuenta que en España el reconocimiento del derecho al olvido frente a medios de comunicación digital solo conlleva la adopción de medidas dirigidas a impedir la indexación de la noticia por parte de los motores de búsqueda, y no la eliminación o modificación de los datos personales en cuestión de la fuente originaria²²³. De ahí que, dado que no parece sensato obligar a los medios de comunicación a actualizar permanentemente la información sobre actuaciones policiales o procedimientos penales seguidos contra una persona, tenga sentido articular un procedimiento dirigido a insertar, a petición del interesado, el mencionado «aviso de actualización» junto a la noticia original²²⁴.

7. RECAPITULACIÓN

Cuando se produce un atentado a los derechos de la personalidad de un sujeto a través de redes sociales o servicios equivalentes, el perjudicado puede hacer uso de las acciones previstas en el artículo 9 LO 1/1982 contra el autor de la intromisión ilegítima y, en su caso, contra el proveedor de servicios de almacenamiento de datos. Es evidente, sin embargo, que, dado el enorme alcance de internet y la rápida difusión de los contenidos vertidos en la red, cuando tales contenidos vulneran los derechos al honor, la intimidad o la imagen de una persona, la medida quizás más eficaz con el fin de evitar la posible expansión del daño es la retirada cuanto antes de tales contenidos de la red. Para ello el interesado puede dirigirse extrajudicialmente contra el prestador del servicio de la red social o servicio equivalente.

De un lado, de la LSSI y del RSD se desprende que el perjudicado podrá dirigir su solicitud contra el proveedor de la red social (Facebook, Twitter, Instagram, etc.) o contra el titular o responsable de la web, foro, blog, etc., que permite la publicación de información por parte de terceros, en tanto que estos últimos tienen también la consideración de prestadores de servicios de almacenamiento de datos. Es más, de acuerdo con el artículo 16 RSD los prestadores de servicios de alojamiento deberán establecer meca-

²²³ SANTOS MORÓN, *RDC*, 2022, p. 76; pp. 104 ss.

²²⁴ Señala PASCUAL HUERTA, 2021, a) p. 4005, que este aviso de actualización tiene elementos de la «declaración adicional del artículo 16 RGPD». Esta declaración adicional procede en aquellos casos en que la información en cuestión contiene datos personales «incompletos», que el interesado puede solicitar que se completen. Y es que, como ya se ha indicado, la falta de información sobre el resultado de actuaciones policiales o procedimientos penales no determina propiamente la inexactitud del tratamiento de datos personales original (por lo que no procedería, propiamente, su rectificación al amparo del artículo 16 RGPD) sino, más bien, la incompletud de la información suministrada.

nismos que permitan a cualquier persona física o jurídica notificar la existencia de contenidos ilícitos. Ahora bien, para que prospere esa solicitud será necesario demostrar claramente la ilicitud de los contenidos en cuestión lo que, en el caso que analizamos, implica que el interesado deberá justificar que esa información constituye una intromisión ilegítima en sus derechos al honor, la intimidad o la imagen, teniendo en cuenta, para ello, los parámetros analizados a la hora de realizar la ponderación entre los mencionados derechos y las libertades de expresión e información. De no estimarse la solicitud de retirada de los contenidos en cuestión (y existiendo, sin embargo, una intromisión ilegítima) la víctima podrá ejercer contra el proveedor de la red social o servicio equivalente la correspondiente acción de cesación ex artículo 9 LO 1/1982 y, además, la acción de indemnización del daño sufrido, en la medida que no se dan en este caso las condiciones para que el prestador del servicio de alojamiento de datos quede exonerado de responsabilidad (art. 16 LSSI, art. 6 RSD)²²⁵. No obstante, conviene recordar que, tratándose de contenidos –normalmente, manifestaciones injuriosas u ofensivas– publicados por internautas en webs, blogs, o foros pertenecientes a un tercero, la jurisprudencia considera que puede imputarse responsabilidad al titular de dichas plataformas o espacios por el mero hecho de no haber detectado los contenidos lesivos procediendo con rapidez a su eliminación.

Para obtener la eliminación de los contenidos que afectan al derecho al honor, la intimidad o la imagen de un sujeto, el perjudicado, siempre que sea *persona física*, cuenta también con la posibilidad de dirigirse a los prestadores de servicios de redes sociales y servicios equivalentes en ejercicio del derecho al olvido consagrado en el artículo 94 LOPD, si bien esta facultad está limitada al supuesto en que los usuarios que han publicado los contenidos hayan actuado fuera de su ámbito personal o doméstico, lo que reduce su efectividad.

Para que prospere este derecho el interesado no tiene que demostrar que existe una intromisión ilegítima, sino que el tratamiento de datos en cuestión es incompatible con la normativa de protección de datos de acuerdo con lo establecido en el citado precepto. En la práctica, sin embargo, dado que para valorar el carácter «inadecuado» «no pertinente» o «excesivo» de los datos publicados resulta necesario ponderar los derechos en conflicto, puede ocurrir que las libertades de expresión e información prevalezcan sobre el derecho de protección de datos del interesado en los mis-

²²⁵ Así como otras posibles acciones recogidas en el artículo 9 LO 1/1982 como la relativa a la publicación de la sentencia condenatoria.

mos casos que excluyen la existencia de una intromisión ilegítima. Desde esta perspectiva, podría pensarse que el ejercicio del derecho al olvido no proporciona al perjudicado grandes ventajas respecto de la posibilidad enunciada en el apartado anterior. No obstante, hay que tener en cuenta que el derecho al olvido no está sometido a plazo, por lo que puede ejercitarse aunque hayan transcurrido cuatro años desde la fecha de la publicación inicial (que es, según la jurisprudencia, el «dies a quo» para el cómputo del plazo del artículo 9.5 LO 1/1982) en cuyo caso estarán caducadas las acciones del artículo 9 LO 1/1982. Por otra parte, el derecho al olvido tiene la ventaja de que permite solicitar la eliminación de datos personales «inexactos»²²⁶ con independencia de la mayor o menor diligencia del sujeto que los ha publicado a la hora de contrastar esta información. Es decir, podría obtenerse la eliminación de información objetivamente falsa incluso en supuestos en que no podría apreciarse la existencia de una intromisión ilegítima, hipótesis en la que, como se sabe, la LO 1/1982 no ofrece al interesado ninguna protección. La negativa a retirar contenidos por parte del prestador del servicio de red social o equivalente, cuando ésta resulte procedente en aplicación del derecho al olvido, permitirá a la víctima ejercitar una acción de responsabilidad con base en la normativa de protección de datos (art. 82 RGPD), lo que nuevamente puede ser útil en caso de no ser posible (por ejemplo, por caducidad del plazo) basar dicha acción en la existencia de una intromisión ilegítima en sus derechos al honor, la intimidad o la imagen.

Entre las medidas extrajudiciales disponibles para aquel que considera lesionado su derecho al honor como consecuencia de información publicada en internet, destaca también la posibilidad de ejercer el derecho de rectificación consagrado ahora en el artículo 85 LOPD, derecho que permite solicitar, al responsable de la red social o servicio equivalente en que la información se haya difundido, la publicación del escrito de rectificación²²⁷. Este derecho puede ejercerse con independencia de que exista o no un tratamiento de datos personales sujeto a la LOPD. No obstante, el breve plazo previsto para el ejercicio de este derecho puede dificultar su puesta en práctica en muchos casos.

²²⁶ Aunque el artículo 94 también alude a la no actualización de los datos hay que entender que ésta permite ejercitar el derecho al olvido solo en la medida en que la falta de actualización provoca la inexactitud de los datos en cuestión [cfr. art. 5.1.d) RGPD].

²²⁷ La negativa a publicar la rectificación, así como el hecho de no llevarla a cabo en el plazo de 3 días previsto en la LO 2/1984 permite al perjudicado acudir a la vía judicial (art. 4). Sobre el ejercicio judicial *vid.* MARTÍNEZ CALVO, *RDC*, 2020, pp. 169 ss.

Por lo que respecta a las medidas de tutela consagradas en el artículo 9 LO 1/1982, tanto la acción de cesación (y, en su caso, de abstención), como la acción indemnizatoria y la dirigida a obtener la publicación de la sentencia condenatoria pueden ser ejercidas frente al sujeto que ha publicado indebidamente la imagen del perjudicado o ha publicado información o emitido juicios de valor que lesionan su honor y, en su caso, su derecho a la intimidad, y también frente al proveedor de la red social o titular del blog, foro, web, etc., en que haya tenido lugar tal publicación (lo que suele ocurrir, aunque no siempre, tras su negativa a eliminar los contenidos tras la solicitud del afectado).

En el primer caso, es decir, cuando las acciones de que se trate se ejercen frente a quien ha publicado los contenidos lesivos en sus cuentas de redes sociales, o en su propio blog, página web, etc., es necesario (y suficiente) que tal comportamiento pueda considerarse una intromisión ilegítima en los derechos al honor, la intimidad o la imagen del perjudicado. Existirá una intromisión en el derecho al honor cuando la información publicada carezca de interés general o no cumpla el requisito de la veracidad. Pero lo más común en el ámbito de las redes sociales es que el conflicto se plantee a raíz de la manifestación, por parte de otros internautas, de opiniones críticas o juicios de valor de carácter ofensivo. Cuando esas críticas o juicios de valor se refieren a personas privadas, no están relacionados con ningún asunto de interés general, ni pueden considerarse como mera crítica a su actividad profesional, siempre que tengan suficiente entidad ofensiva, implicarán una intromisión el derecho al honor del afectado. Si la crítica concierne a una persona pública, debe tenerse en cuenta que los límites de la libertad de expresión se amplían, pero solo en lo que se refiere a su actuación como persona pública, no a aspectos de índole personal o privado, debiendo, en todo caso, (tanto si se trata de personas públicas como privadas) respetarse el requisito de la proporcionalidad para que no exista intromisión ilegítima. Respecto del derecho a la intimidad, hay que recordar que la difusión de información personal hecha pública por el propio interesado en internet, en cuanto deja de ser «íntima», no supone una vulneración en tal derecho. Existirá, sin embargo, una intromisión ilegítima cuando se divulga información de carácter privado sin que exista un interés general que lo justifique. En cuanto al derecho a la imagen, la difusión, en redes sociales u otras plataformas tipo webs, foros, blogs, etc., de la imagen de otra persona sin su consentimiento implica, como regla general, una intromisión ilegítima en tal derecho. Y ello incluso cuando esa imagen haya sido hecha pública por el afectado en sus redes sin restricció-

nes. De acuerdo con la jurisprudencia sólo será lícita su utilización por otros internautas si se trata de imágenes tomadas en lugares públicos y siempre que ello pueda considerarse una «consecuencia natural» del carácter accesible de la misma en internet. Será necesario, además, cuando la publicación inicial sea obra de un tercero –*v. gr.* un familiar– que quepa presumir que contó con consentimiento del afectado. Por último, la publicación, por parte de medios de prensa, de imágenes de personas, públicas o privadas, difundidas sin restricciones por ellas o por un tercero con su consentimiento en internet, sólo es admisible si la imagen en cuestión está directamente relacionada con el hecho del que se informa, que debe ser de interés público.

Para que prosperen las acciones ejercitadas, incluida la acción de responsabilidad, solo será preciso constatar que existe una intromisión ilegítima, si bien en ciertos casos la propia existencia de la intromisión requiere que el demandado haya actuado negligentemente (*v. gr.* cuando la lesión del derecho al honor es consecuencia de la publicación de información no veraz). No obstante, si el demandado no es el autor inicial de la intromisión, sino otra persona que replica (retuitea, enlaza, etc.) los contenidos en cuestión, parece necesario, para que pueda imputársele responsabilidad, que haya contribuido negligentemente a la expansión del daño. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando los contenidos replicados sean evidentemente ilícitos (*v. gr.* se retuitea un mensaje claramente injurioso). La posible aplicación del artículo 17 LSSI a quienes enlazan los contenidos en cuestión llevaría a la misma conclusión a la vista de cómo viene interpretando la jurisprudencia la noción de «conocimiento efectivo».

Las acciones previstas en el artículo 9 LO 1/1982 pueden ser ejercitadas también, como ya se ha dicho, frente al proveedor del servicio de almacenamiento de datos (prestador del servicio de red social, titular del foro, blog, etc., que permite insertar comentarios a tercero). No obstante, para que estos sujetos estén obligados a indemnizar no basta con que los contenidos publicados sean constitutivos de una intromisión ilegítima, sino que es necesario además que hayan actuado negligentemente al albergar los contenidos ajenos. Habrá un comportamiento negligente (o, en sentido inverso, no operará la cláusula de exoneración de responsabilidad) cuando, habiéndose puesto en conocimiento del intermediario la ilicitud de los contenidos, éste no los haya retirado prontamente. Pero, al menos cuando se trata de contenidos publicados en webs, blogs, foros o chats, la jurisprudencia también viene considerando negligente el comportamiento de los titulares de tales plataformas o

espacios si no detectan y retiran los contenidos ilícitos. Es decir, se imponen deberes de diligencia a la hora de controlar los contenidos que, si bien podrían considerarse contradictorios con la prohibición general de supervisión que establece la normativa comunitaria, parecen justificables en esos casos concretos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Derecho a la propia imagen y divulgación en prensa de fotos obtenidas de Facebook», *Derecho Privado y Constitución*, 2021, núm. 38, pp. 119-155.
- ATIENZA NAVARRETE, María Luisa: «Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen*, coord. por DE VERDA, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 281-320.
- «La responsabilidad civil por los daños producidos por las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor». *Derecho al honor, Tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2015 (versión digital).
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro», en *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 343-383.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)», en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por REGLERO y BUSTO LAGO, t. II, 5.^a ed., Navarra, Thomson-Aranzadi, 2014, pp. 597-745.
- CÁMARA LAPUENTE: «La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido. Vulneraciones del honor, intimidad, imagen y datos personales del difunto en redes sociales, publicaciones digitales y otros canales de difusión electrónica», *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, 5, pp. 117-174.
- CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA: «Las redes sociales digitales: concepto, clases y problemática jurídica que plantean en los albores del s. XXI», *Actualidad Civil*, núm. 1/2011, pp.1-15.
- CARRIÓN OLMOS, Salvador: «El derecho a la intimidad», en *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen*, coord. por DE VERDA, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 93-118.
- CASTELLS SOMOZA, Carlos: «Bulos virtuales, daños reales: La responsabilidad civil por desinformación a través de nuevas tecnologías», *Cuadernos de Derecho privado*, 2022, núm. 2.
- CASTILLA BAREA, Margarita: *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2011.
- «Las libertades de expresión e información frente al derecho a la protección de datos», en *Protección de Datos Personales*, APDC, Valencia, Tirant lo Blanch 2020, pp. 440-503.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «La responsabilidad civil en internet», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, pp. 103-129.

- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en *Internet y los derechos de la personalidad*, dir. por MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 99-141.
- CLEMENTE MEORO, Mario: «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en CLEMENTE MEORO/CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y contratos en internet (Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, Comares, Granada, 2003, pp. 1-116.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: *Honor, intimidad y propia imagen*, Bosch, Barcelona, 1996.
- CONTRERAS NAVIDAD, Salvador: *La Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet*, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2012.
- COTINO HUESO, Lorenzo: «El derecho de rectificación en internet, redes sociales y plataformas y su muy mejorable regulación», en *Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: Perspectiva multidisciplinaria*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2022, pp. 173-200.
- CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente: *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad Editorial, Madrid, 1995.
- DE LA IGLESIAS PRADO, Eduardo: «La responsabilidad de las redes sociales por la difusión de actos en vulneración del honor y la intimidad», en *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2018 (versión digital).
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro: *Derecho Privado de Internet*, 6.^a ed., Navarra, Civitas-Thomson, 2022.
- «Derechos de la personalidad y reputación en medios digitales transfronterizos», *Derecho Privado y Constitución*, 2022, 40, pp. 171-205.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión», en *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen*, coord. por DE VERDA, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 239-277.
- «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y expresión: ¿Una nueva sensibilidad de los tribunales?», *Derecho privado y Constitución*, 2015, núm. 29, pp. 389-436.
- «La protección constitucional del Derecho al honor» en *Derecho al honor, Tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2015 (versión digital).
- «Uso de imagen tomada de perfil de Facebook para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2017, 6, pp. 302-312.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón/VIDAL ALONSO, Javier: «Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información: (I) El interés público de la noticia (II) El requisito de la veracidad y (III) La doctrina del reportaje neutral» en DE VERDA, *Derecho al honor, Tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015 (edición digital) (2015 a).
- «La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión», en DE VERDA, *Derecho al honor, Tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015 (edición digital) (2015 b).

- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón/HERAS VIVES, Luis: «Los derechos de la personalidad frente al *sexting*, *streaming* y otros fenómenos digitales: nuevos retos para su estudio, vigencia y protección en el s. XXI», en *Internet y los Derechos de la Personalidad*, dir. por VÁZQUEZ DE CASTRO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 181-228.
- DÍAZ DÍAZ, Efrén: «Derecho al olvido en línea (Comentario a los arts. 93 y 94 LOGPD)», en *Comentario al RGPD y a la LOPDPGDD* dir. por TRONCOSO, t. II, Cívitas-Thomson, Navarra, 202, pp. 4285-4293.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales», en FAYOS, *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el s. XXI*, 2015 (edición digital).
- ESTRADA ALONSO, Eduardo: *El derecho al honor en la LO 1/1982, de 5 de mayo*, Cívitas, Madrid, 1989.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael: «Redes sociales y aplicaciones móviles», en *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Wolter Kluwer, Las Rozas, 2019, pp. 905-941.
- FLORES ANARTE, María: «Facebook y el derecho a la propia imagen: Reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero», *Estudios de Deusto*, 2020, vol. 68/1, pp. 335-376.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «La regulación del derecho al olvido en los artículos 17 y 21 del RGPD y en el artículo 93 LOPDGDD», en *Protección de datos personales*, APDC, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 373-437.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J.: «Titularidad de derechos fundamentales», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, dir. por ARAGÓN REYES, t. III, Navarra, Cívitas-Thomson, 2011.
- GRIMALT SERVERA, Pedro: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, Iustel, 2007.
- «La responsabilidad civil por contenidos en la red: LSSICE y Ley de Prensa y responsabilidad civil por hecho ajeno», en COTINO HUESO, *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Universidad de Valencia, 2011, pp. 269-282 (2011, a).
- «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 171, pp. 167-197 (2011, b).
- «La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales», Granada, Comares, 2017.
- «Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: Tutela civil versus tutela administrativa», en *Protección de Datos Personales*, APDC, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 309-371.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: *Responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales*, Madrid, Reus, 2017.
- HERRERO TEJEDOR, Fernando: *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Colex, 1994.
- LÓPEZ ORELLANA, Manuel: «Normas procesales de protección de los derechos de la personalidad», en *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, coord. por DE VERDA, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007.
- LÓPEZ RICHART, Julián: «Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento», *Derecho privado y Constitución*, 2012, núm. 26, pp. 143-201.
- «La responsabilidad de las redes sociales y otros prestadores de servicios de alojamiento», en *Derecho de daños 2020*, dir. por HERRADOR GUARDIA, Lefebvre, 2020, pp. 377-437.

- LÓPEZ ULLA, Juan Manuel: «La libertad de expresión y el derecho de rectificación en la LO 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (Comentario al art. 85 LOPDGDD)», en *Comentario al RGD y a la LOPDPGDDG*, dir. por TRONCOSO, t. II, Cívitas-Thomson, Navarra, 2021, pp. 4007-4030.
- MATÍA PORTILLA, Francisco J.: «Derecho al honor»; «Derecho a la intimidad», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, dir. por ARAGÓN REYES, t. III, Navarra, Cívitas-Thomson, 2011, pp. 170-184.
- MARTÍN CASALS, Miquel: «Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima en el derecho al honor», en *El Mercado de las ideas*, dir. por SALVADOR CODERCH, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier: *El derecho al olvido digital frente a la hipermnesia de internet*, Monografía núm. 19, *Revista Derecho y nuevas tecnologías* (versión digital).
- «El derecho de rectificación ante informaciones falsas o inexactas, con especial mención a las publicadas en internet», *Revista de Derecho civil*, 2020, vol. VII, núm. 4, pp. 137-181.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «La protección jurisdiccional civil frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad y a la propia imagen en internet y redes sociales», *AC*, 2017, núm. 10, pp. 1-16.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Derecho a la propia imagen versus libertad de información en redes sociales: la STC 27/2020, de 24 de febrero», *AC*, 2020, núm. 4, 13 pp.
- MOLINER NAVARRO, Rosa: «El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información», en *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen*, coord. por DE VERDA, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 21-53.
- O'CALLAGHAN, Xavier: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Edersa, 1991.
- PANTALEÓN, Fernando: «La Constitución, el honor y unos abrigos», *La Ley*, II-1996, marg. D-162.
- PASCUAL HUERTA, Pablo: «Derecho de rectificación en internet (Comentario al art. 85 LOPDGDD)», en *Comentario al RGD y a la LOPDGDD*, dir. por TRONCOSO, t. II, Cívitas-Thomson, Navarra, 2021, pp. 3979-4006 (2021, a)
- «El derecho de rectificación (Comentario al art. 16 RGD)», en *Comentario al RGD y a la LOPDGDD*, dir. por TRONCOSO, t. II, Cívitas-Thomson, Navarra, 2021, pp. 1529-1555 (2021, b).
- PEGUERA POCH, Miquel: *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet*, Comares, Granada, 2007.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Madrid, Montecorvo, 1996.
- RUBÍ PUIG, Antoni: «Derecho al honor *online* y responsabilidad civil de ISPs. El requisito del conocimiento efectivo en las SSTS, Sala Primera, de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2010», *Indret*, 4/2010, 20 pp.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Tuitea, que algo queda. Responsabilidad extracontractual por *twibelo*», en *Internet y los derechos de la personalidad*, dir. por MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 401-437.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: *Prevenir y castigar*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

- SANTOS MORÓN, M.^a José: «Tratamiento de datos, sujetos implicados, responsabilidad proactiva», en *Protección de datos personales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 23-77.
- «Los contornos del derecho al olvido en España. La aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia europea», *Revista de Derecho civil*, 2022, vol. IX, núm. 2, pp. 71-112.
- «La responsabilidad por incumplimiento de la normativa de datos personales», en Arroyo/Gsell/Kindl, *Die Schadenersatzhaftung. La responsabilidad civil*, Nomos, 2022, pp. 225-247. Disponible online en: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748934820/die-schadenersatzhaftung?page=1>
- SEMPERE RODRÍGUEZ: «Comentario al artículo 18 CE. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dir. por ALZAGA VILLAAMIL, t. II, Madrid, 1997.
- SUÁREZ ESPINO, M.^a Lidia: «Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes», en *Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: Perspectiva multidisciplinar*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2022, pp. 389-403.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio: «Las redes sociales a la luz de la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos personales. Parte una», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 15, noviembre, 2012, pp. 61-75.
- «Redes sociales y protección de datos personales», en *Menores y nuevas tecnologías. Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales*, 2013, pp. 93-114.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Daños los derechos de la personalidad (Honor, intimidad y propia imagen)» en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por REGLERO Y BUSTO LAGO, t. II, Navarra, Thomson-Aranzadi, 5.^a ed., 2014, pp. 1366-1498.

Situación actual del Derecho de Filiación en España

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO

Catedrática de Derecho civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN

Este trabajo aborda el análisis de las cuestiones más pujantes del Derecho de filiación español en la actualidad, atendiendo a las últimas contribuciones doctrinales, la más reciente jurisprudencia y la reforma legislativa llevada a cabo por la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans. Para ello, da cuenta breve de los antecedentes legislativos y sobre todo jurisprudenciales que explican la situación actual, ilustrativa del cambio vivido en las concepciones sociales. Para terminar, ofrece propuestas para la futura e inaplazable reforma legislativa del Derecho de filiación.

PALABRAS CLAVE

Filiación, Posesión de estado, Interés del menor, Gestación subrogada, Voluntad procreativa, Ley Trans.

Current situation of Filiation Law in Spain

ABSTRACT

This paper deals with the analysis of the most powerful issues of Spanish filiation law at present, taking into account the latest doctrinal contributions, the most recent jurisprudence and the legislative reform carried out by the recent Law 4/2023, February 28th, for real and effective equality of trans people. To do this, it gives a brief account of the legislative and, above all, jurisprudential background that explain the current situation, illustrative of the

change experienced in social conceptions. Finally, it offers proposals for the future and urgent legislative reform of filiation Law.

KEY WORDS

Filiation, Status possession, best child's interest, Surrogacy, Procreative will, Trans Law.

SUMARIO: I. Planteamiento.–II. Los títulos de determinación de la filiación, a debate.–III. El creciente papel protagonista de la posesión de estado. 1. Previo.–2. La falta de posesión de estado como límite a la reclamación del progenitor.–3. La posesión de estado como errado título de determinación de la filiación.–4. La posesión de estado como medio fallido de determinar la filiación de los españoles nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero.–IV. La voluntad como título de determinación de la filiación.–V. Los efectos de la Ley Trans sobre el sistema de filiación: 1. Marco general.–2. Determinación de la doble maternidad no matrimonial.–3. Determinación de la doble maternidad matrimonial.–4. Incidencia general sobre la problemática de la doble maternidad.–5. ¿Superación de la maternidad y de la paternidad?–6. La participación en la generación como criterio decisor en la jurisprudencia europea.–VI. Consideraciones finales.–Bibliografía.–Jurisprudencia citada.

I. PLANTEAMIENTO

El Derecho de filiación está de moda. Provocado por casos mediáticos omnipresentes en la prensa de todo signo, asistimos a un vivo y deseable debate social sobre un problema de alcance global como es el de la gestación subrogada, vertiente de momento más extrema de las técnicas de reproducción humana asistida. Éstas han supuesto para la institución de la filiación una verdadera revolución, que ha alterado sus presupuestos para introducir importantes consecuencias sociales y jurídicas. La voluntad de ser padre o madre pugna con la relación biológica como fundamento de la filiación jurídica, habiéndose recibido legalmente figuras como la doble maternidad por naturaleza.

Vista con perspectiva, esta revolución ha ocasionado un nuevo renacimiento del formalismo, contra el que se rebeló el principio de verdad biológica triunfante en las reformas de los Códigos civiles realizadas en la segunda mitad del siglo xx, dirigidas a la recepción de los derechos fundamentales en el sistema de filiación. Que la voluntad sea el nuevo fundamento de esta vuelta al formalismo no

excluye en modo alguno la certeza de la afirmación¹, ratificada y acrecentada por las posibles consecuencias de la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en adelante: Ley Trans o LT)², que cuestiona y relativiza las concepciones tradicionales sobre la maternidad y la paternidad.

Al mismo tiempo, el principio de verdad biológica no ha terminado de ejercer toda su fuerza motriz sobre el sistema de filiación. Antes bien, proyecta nuevas posibilidades e implicaciones, que demandan la atención constante de jurisprudencia y doctrina. En este sentido puede mencionarse el anonimato del donante en las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante: TRHA), que ha pasado de constituir uno de los pilares de las primeras legislaciones al respecto, a ser puesto en cuestión y derogado en algunos ordenamientos, al amparo del derecho del hijo al conocimiento de su origen como dato relevante para la construcción de su identidad³. Y, más allá de las TRHA, el descubrimiento de una verdad biológica contraria a una relación de filiación (especialmente de paternidad) ya legalmente determinada, opera como detonante para plantear nuevas figuras jurídicas que ponderen adecuadamente los intereses en conflicto, y que oscilan entre la fijación de límites a la legitimación del progenitor y el reconocimiento de formas variadas de multiparentalidad⁴.

Otra importante cuestión abierta es la posible prevalencia del principio de verdad biológica sobre el de cosa juzgada, en determinadas circunstancias y con el fundamento de la protección del hijo, que ha conocido declaraciones en tal sentido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la que presentan

¹ Véanse al respecto las acertadas observaciones de RIVERO HERNÁNDEZ, que terminan con la siguiente frase: «el consentimiento como título de determinación de la filiación ha desplazado en nuestro sistema jurídico al de la procreación y al subyacente principio de veracidad, que ha dejado de ser general y jurídicamente preferente», 2021, p. 794.

² Publicada en el «BOE» de 1 de marzo de 2023 y en vigor desde el día siguiente, conforme a lo previsto en su DF 20.^a

³ Al respecto, es de imprescindible cita el Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de TRHA al conocimiento de sus orígenes, de 15 de enero de 2020: disponible en: <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/index.php>. El Comité, tras la cita de la Recomendación de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa de 2019, califica la supresión del anonimato del donante de «tendencia consolidada» en los países de nuestro entorno, ya recogida de modos diversos en las legislaciones de Suecia, Reino Unido, Austria, Finlandia, Países Bajos, Noruega, Suiza y Alemania. En Portugal, la STC 24 abril 2018 ha considerado inconstitucional el anonimato del donante, por vulnerar el derecho del hijo a su identidad. Y, recientemente, Francia se ha sumado a esta tendencia, con la aprobación de la Ley núm. 2021-1017, de 2 de agosto, sobre Bioética.

⁴ A este respecto, *vid.* QUESADA GONZÁLEZ, 2022, donde además de dar cuenta de las innovaciones introducidas por el Derecho alemán, que acoge pretensiones diferentes en cuya virtud cabe hablar de diferentes grados de paternidad en función de las circunstancias, aporta interesantes reflexiones sobre su aplicación al Derecho español.

destellos las recientes STS de 7 de septiembre de 2020 (RJ 3227, ponente Salas Carceller) y STS de 17 de noviembre de 2022 (RJ 5485, ponente Seoane Spiegelberg)⁵. Por otra parte, también tiene interés destacar cómo en el difícil abordaje de la atribución de la filiación a las personas nacidas por gestación subrogada, el origen del material genético constituye en la jurisprudencia del TEDH un criterio determinante para la elección del procedimiento adecuado⁶.

A esta proliferación de nuevos casos y problemas, con la correspondiente manifestación jurisprudencial, ha respondido puntual y rigurosamente una abundante producción doctrinal, que presenta importantes coincidencias en cuestiones esenciales, lo cual merece destacarse por aportar una luz necesaria sobre las reformas a emprender de modo ineludible.

Acuciado por estas observaciones, este trabajo pretende ser la crónica de las cuestiones más pujantes en el actual Derecho de filiación español, atendiendo a las últimas contribuciones doctrinales, la más reciente jurisprudencia y la reforma legislativa llevada a cabo por la Ley Trans. Indudablemente, explicar la situación actual requerirá tomar perspectiva, señalando de forma breve los antecedentes legislativos y sobre todo jurisprudenciales. Como es bien sabido, no es posible explicar el Derecho de filiación sin la continua referencia a la copiosa jurisprudencia que lo ha aplicado, y cuya lectura ofrece una luminosa prueba de los rápidos cambios acaecidos en las concepciones sociales. Para terminar, plantearé mis propuestas para el futuro.

II. LOS TÍTULOS DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN, A DEBATE

En una aproximación algo simplista, puede afirmarse que el Derecho de filiación ha visto sucederse en las últimas décadas diversos temas polémicos que han señalado los hitos de su profunda evolución. En un primer momento, el sistema original de los Códigos civiles decimonónicos debió adecuarse a la recepción de los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones del siglo XX, lo cual implicó la construcción de un nuevo régimen basado en el principio de igualdad y no discriminación, concretado

⁵ Me he ocupado de su respectivo comentario en BARBER CÁRCAMO, 2021, pp. 165-180, y en BARBER CÁRCAMO, CCJC, 2023 pp. 143-164..

⁶ *Vid.*, en este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2022, y FARNÓS AMORÓS, *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, pp. 29-54, quien ofrece interesantes observaciones críticas que cuestionan la coherencia de dicho criterio con el origen voluntario de dicha filiación.

en primer lugar en la igualdad de efectos entre la filiación matrimonial y no matrimonial, y luego entre éstas y la adoptiva, a partir de la caracterización de esta forma de protección de menores como una clase de filiación.

Posteriormente, la polémica se centró en las acciones de filiación, donde desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva se cuestionaron las normas sobre legitimación y plazo establecidas en el Código civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Como es bien sabido, en España esta cuestión llevó a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 136 y 133 CC, verdaderas claves de todo el sistema de determinación judicial de la filiación, por las SSTC 138/2005, de 26 de mayo (ponente Rodríguez-Zapata Pérez), y 156/2005, de 9 de junio (ponente García-Calvo y Montiel), y las SSTC 273/2005, de 27 de octubre (ponente Pérez Vera), y 52/2006, de 16 de febrero (Gay Montalvo), respectivamente. Esta crisis no se cerró satisfactoriamente hasta la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reformó el Código civil para su adecuación a la jurisprudencia constitucional.

Actualmente, el debate está centrado sobre los títulos de determinación de la filiación. Doctrinalmente, se aborda tanto desde una perspectiva *lege lata* como *lege ferenda*. Jurisprudencialmente, ciertas novedades legislativas y sobre todo sus lagunas (reales y ficticias), han propiciado algunas resoluciones que han supuesto la reinterpretación de los títulos legales, cuando no su clara contradicción. Además, la necesidad de proteger a los niños nacidos de contratos de gestación subrogada celebrados fuera de las fronteras de los Estados que consideran esta práctica ilícita, está ocasionando en muchos países europeos, y señaladamente en el nuestro, una jurisprudencia variopinta, en la que se mezclan clases y títulos de filiación de forma peligrosa para el sistema. Si, como es afirmación conocida, los casos difíciles hacen mal Derecho, máxime cuando la dificultad viene dada por los delicados intereses en juego en materia de filiación, ligados a la identidad, personalidad y vinculación familiar.

Obviamente, es en la elección de los títulos para la determinación de la filiación donde todo ordenamiento jurídico valora el equilibrio entre las diversas fuerzas encontradas que confluyen en el Derecho de filiación. La tensión entre formalismo, verdad biológica, voluntad, estabilidad y seguridad jurídica (por señalar los criterios implicados más importantes) se encuentra presente desde siempre en cualquier regulación de la filiación, pero lo propio de nuestros días es la radicalidad con que estas fuerzas se manifiestan,

como consecuencia del desarrollo científico y tecnológico, los profundos cambios sociales y un concepto del estado civil en el que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad han acentuado la inspiración personalista sobre la social. Esta virulencia se explica porque nunca hasta ahora la verdad biológica era constatable de forma prácticamente indudable, ni se había admitido la determinación de la filiación con una base exclusivamente voluntaria. Porque si, por una parte, las pruebas de ADN permiten establecer con certeza la relación biológica de filiación, por otra, el recurso a las TRHA posibilita el establecimiento de una filiación legal sin referencia alguna al dato biológico. Indudablemente, estos datos amplían el ámbito de elección legislativa, pero también complican el diseño coherente del régimen de la filiación.

En otro orden de cosas, el fortalecimiento legislativo del principio del interés del menor, expresivo de la cada vez mayor sensibilización social sobre la necesaria protección a la infancia y la adolescencia, ha propiciado su aplicación en este ámbito, convirtiéndose en algunas resoluciones judiciales y en una buena parte de la literatura jurídica en un título paralelo o alternativo de determinación de la filiación.

Estas tensiones exacerbadas no se focalizan sólo en la filiación nacida mediante TRHA. Interesa recordar que la opción legislativa seguida en el Derecho común español no articula un sistema independiente para la determinación de la filiación en estos casos, sino que se limita a establecer unas reglas puntuales, más bien excepcionales, y remitirse en general al régimen de la filiación por naturaleza, en un claro deseo del legislador de no erigir este medio de nacimiento en un tipo distinto de filiación. Con ello, hemos asistido, y sobre todo desde 2007, a un trasvase de normas bidireccional (o sea, no sólo de la filiación por naturaleza a la asistida, sino también al contrario), con alguna incidencia sobre la adopción. Todo ello, en la búsqueda de soluciones a los cada vez más complejos supuestos planteados en la práctica. Lo cual ha generado en muchas ocasiones una confusión en cuanto a la naturaleza y finalidad de los títulos de determinación de la filiación, que ha comportado quiebras no leves para el sistema.

En esta situación, la doctrina civilista muestra una evidente preocupación por adecuar los títulos de determinación de la filiación a las nuevas realidades sociales y a los nuevos modelos familiares. Respecto de la filiación natural, ello viene concretándose en la constatación de la problemática planteada por las cada vez más numerosas familias reconstituidas, que demandan la tutela jurídica de las situaciones que la literatura jurídica anglosajona denomina

como *former y step parents*⁷. En esta misma sede, surgen opciones legislativas como la recientemente aprobada en Alemania, dirigida a establecer graduaciones en la paternidad, para satisfacer y coherenar de forma adecuada los intereses enfrentados entre determinar la relación biológica y tutelar la paternidad social o *de facto*⁸. De forma simplista, podría decirse que por esta vía se plantea cómo compatibilizar del modo más respetuoso con los derechos fundamentales de las partes implicadas, la verdad biológica y la realidad fáctica. Lo cual no es nuevo: simplemente, supone la aparición de nuevos supuestos a atender desde el mismo presupuesto. Lo novedoso radica en la aparición de propuestas favorables a la multilateralidad en las relaciones de filiación.

En segundo lugar, dicha preocupación viene suscitada por la creciente aplicación (en número y en diversidad) de las TRHA. En este punto, las fuentes de conflictividad son las gestaciones subrogadas llevadas a cabo en el extranjero, con las consiguientes pretensiones de reconocimiento de tales filiaciones en España, y la conflictiva aplicación de la doble maternidad introducida por el artículo 7.3 LTRHA, no aquietada tampoco tras su reforma por Ley 15/2015. Al hilo de esta doble problemática, y constatando el ámbito cada vez mayor reconocido a la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, la doctrina lleva tiempo apuntando a la necesidad de reconocer a la voluntad procreativa el carácter de título para determinar la filiación.

Aparentemente, a ello se ha aplicado la reciente reforma operada en el sistema de determinación de la filiación por la Ley Trans, cuya exposición de motivos justifica la reforma del artículo 120.1 CC con las siguientes palabras: «... supone la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales, en coherencia con las modificaciones operadas sobre la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil por la disposición final undécima». Y la del artículo 44 LRC, con éstas: se dirige a «permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial». Desde luego, estas declaraciones son ciertas, pero resultan manifiestamente escasas para describir la trascendencia de los cambios legales operados, y por ende de sus efectos. Esa ampliación del margen de la voluntad como

⁷ Al respecto, *vid.* FERRER RIBA, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2018, pp. 163-177, y PÉREZ GALLARDO y HERAS HERNÁNDEZ (*dir.*), 2022.

⁸ Al respecto, *vid.* QUESADA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 74-89.

título de determinación de la filiación proyecta, *per se*, consecuencias plurales y profundas sobre el sistema. Previas e independientes de las ocasionadas por los nuevos términos de «progenitor gestante y no gestante», acompañadas de la desaparición (sólo en algunas sedes) de las tradicionales «filiación paterna y materna».

Pues bien, una vez constatado que al Derecho de filiación actual se le acumulan los problemas en una de sus vertientes más significativas, como es la de los títulos de determinación, pasemos a su análisis detenido.

III. EL CRECIENTE PAPEL PROTAGONISTA DE LA POSESIÓN DE ESTADO

1. PREVIO

Tanto en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo como en la de las Audiencias Provinciales, la posesión de estado vive un momento de esplendor, por la frecuencia de su alegación y aplicación, y por el papel central que desempeña en la resolución de las pretensiones planteadas. Esta preponderancia sobrevenida es fruto de varios factores, como veremos seguidamente, y tiene interés destacar que no ha venido acompañada de una renovación doctrinal de su estudio⁹. En acertadísimas palabras de Quesada González, «la posesión de estado debe su denominación a dos de las instituciones que más quebraderos de cabeza han causado a los juristas: la posesión y el estado civil», lo cual explica que no resulte sencillo perfilarla ni dar su concepto¹⁰.

La reforma del Código civil por Ley 11/1981 reforzó sus funciones en materia de filiación, como medio de acoger en la regulación el elemento sociológico o de hecho. Y así, hay acuerdo doctrinal en afirmar que es un medio subsidiario y residual de *acreditar* una filiación ya previamente determinada, como manifiesta el artículo 113.1 CC¹¹; un medio de *prueba* para su determinación judicial, a lo que se refiere el artículo 767.3 LEC (y antes, el

⁹ Aunque, obviamente, todos los trabajos sobre filiación han de referirse a la posesión de estado, su atención monográfica se encuentra en un libro anterior a la reforma de 1981, de cita obligada: LÓPEZ Y LÓPEZ, 1971. Recientemente, del mismo autor: 2021, pp. 803-823.

¹⁰ QUESADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 53, núm. 75.

¹¹ La doctrina ha criticado, sin embargo, esta subsidiaria función legitimadora o acreditativa de la filiación en el tráfico, recogida en el artículo 131 CC, y la práctica ha demostrado que los tribunales no le reconocen eficacia acreditativa de la filiación, sino carácter de medio de prueba presuntivo o indirecto de la relación biológica: me remito a lo que ya expuse en BARBER CÁRCAMO, *Derecho Privado y Constitución*, 2014, pp. 126 ss.

art. 135 CC), y un *presupuesto* para ostentar legitimación activa en algunas acciones de filiación, de manera que en presencia de posesión de estado se facilita la reclamación y restringe la impugnación, y en su ausencia, al revés: se limita la reclamación y se favorece la impugnación.

También hay acuerdo doctrinal en la obvia constatación de que la posesión de estado no es un título de determinación de la filiación, de manera que la mera acreditación de su presencia no puede establecer tal relación jurídica. Y ello, ni con la legislación vigente ni con la redacción originaria del Código civil. Los artículos 115 y 120 CC no la enuncian entre los medios que sirven para establecer, respectivamente, la filiación matrimonial y la no matrimonial.

Este acuerdo doctrinal se ha mantenido incluso tras la perniciosa aproximación a la cuestión llevada a cabo por las muy comentadas (y mayoritariamente criticadas) SSTs de 5 de diciembre de 2013 (RJ 7640, ponente Seijas Quintana) y de 15 de enero de 2014 (RJ 1265, ponente Orduña Moreno), que afirmaron lo contrario. En otro lugar achacué a la primera ser «confusa y contradictoria», y a la segunda, «escasez y oscuridad en su argumentación», y a ambas: eludir un afrontamiento técnico de la cuestión¹². Lamentablemente, su interpretación de la acción de determinación de la filiación con posesión de estado recogida en el artículo 131 CC, de la misma posesión de estado y del papel del interés del menor en la determinación de la filiación ha sido el germen de una jurisprudencia de las Audiencias Provinciales tan creativa como alejada de los datos legales, que ha dado carta de naturaleza a pretensiones más que dudosas desde una aproximación legal. Ciertamente, ha de advertirse que, cuando ha tenido ocasión, el Tribunal Supremo ha casado estas sentencias que pueden calificarse de *outsiders* respecto del sistema de filiación presente en el Código. Y también que, aun no habiéndose rectificado la doctrina jurisprudencial expuesta en las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo de 2013 y 2014, éste no ha pronunciado una ulterior resolución con el mismo sentido y fundamentación: como se expondrá seguidamente, las más recientes desestiman la pretensión reconocida en aquéllas.

El protagonismo desempeñado por la posesión de estado en las últimas sentencias del Tribunal Supremo puede clasificarse en tres tipos de casos, centrados respectivamente en: a) el enjuiciamiento de su concurrencia, para eludir el breve plazo de caducidad de un año fijado a la acción de reclamación del progenitor en el artículo 133.2 CC tras su reforma por Ley 26/2015; b) su carácter de título de determinación de una doble maternidad, y c) su relevancia

¹² BARBER CÁRCAMO, *Derecho Privado y Constitución*, 2014, pp. 100 s.

a efectos de legitimar la filiación surgida a partir de una gestación subrogada llevada a cabo en el extranjero. Atendámoslos por separado.

2. LA FALTA DE POSESIÓN DE ESTADO COMO LÍMITE A LA RECLAMACIÓN DEL PROGENITOR

Como ya he mencionado, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, fue el instrumento normativo empleado para adecuar, diez años después de su dictado, el régimen de acciones de filiación a la doctrina constitucional recogida en las SSTC 138/2005, de 26 de mayo; 156/2005, de 9 de junio; 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero. Como es bien sabido, estas sentencias declararon inconstitucionales, respectivamente, el artículo 136 CC, las dos primeras, y el artículo 133 CC, las dos segundas. Si respecto de la acción impugnatoria del marido esta declaración de inconstitucionalidad supuso la superación de la inseguridad jurídica en que la contradictoria jurisprudencia previa del Tribunal Supremo la había sumido¹³, para la de reclamación comportó la legitimación del progenitor sin posesión de estado y sin sumisión a límite alguno. Por consiguiente, sólo la reforma de 2015 terminó con un largo lapso de tiempo en que las acciones de reclamación de los progenitores sin posesión de estado resultaron estimadas sin límite temporal, en una interpretación jurisprudencial discutible que la doctrina criticó por contraria a la estabilidad familiar¹⁴. Siguiendo las sugerencias del Tribunal Constitucional, el legislador optó en 2015 por limitar el ejercicio de ambas acciones a un breve plazo de caducidad de un año, que en el caso del progenitor sin posesión de estado inicia su *dies a quo* «desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en que haya de basar su reclamación» (art. 133.2 CC). Breve plazo que contrasta con la imprescriptibilidad de la acción, *ex* artículo 131 CC, cuando concorra la posesión de estado de la filiación reclamada.

Ante esta nueva situación creada por la reforma, no tardaron en llegar ante el Tribunal Supremo pretensiones de reclamación centradas en la existencia o no de posesión de estado. Así, en la STS de 9 de mayo de 2018 (RJ 1854, ponente Parra Lucán), su falta de concurrencia determina el fracaso de la acción de reclamación interpuesta por quienes se afirmaban como nietos frente a su

¹³ Me he referido a ello en BARBER CÁRCAMO, 2013, p. 286.

¹⁴ Remito al lector interesado a lo que expuse en BARBER CÁRCAMO, 2017, pp. 463-535. *Vid.* también QUICIOS MOLINA, *Derecho Privado y Constitución*, 2015, pp. 263-303.

supuesto abuelo, tras el fallecimiento del padre. El Tribunal niega la existencia de posesión de estado entre el progenitor de los demandantes y el demandado, al no acreditarse atención continua, contribución a su educación, ni presencia en los actos decisivos de su vida, sino únicamente una asistencia al velatorio en el momento en que aquél falleció. Se afirma que la posesión de estado requiere la existencia de «hechos públicos, repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación». Que no se entiende demostrada ni por la donación por el supuesto padre al hijo de una cuantiosa cantidad de dinero, ni por las fotos en que éste aparece con su madre y los hijos del demandado, a los que aquélla cuidaba.

Igualmente desestimatoria, confirmando el criterio de las dos instancias, es la STS de 8 de octubre de 2019 (RJ 4060, ponente Parra Lucán), que niega la acción del progenitor por falta de posesión de estado. Del relato de la sentencia resulta palmario el conocimiento por el progenitor demandante de su propia paternidad. Pero, lógicamente, el debate no se centra ahí, sino en el comportamiento mantenido por él y por su familia en relación con la supuesta hija. Y es éste el que no denota públicamente la existencia de la relación de filiación¹⁵. Por ello, concluye: «No existe, en definitiva, una relación de filiación *vivida*, un comportamiento congruente con los deberes de padre manifestado mediante actos continuados y reiterados, lo que tal y como recuerda la sentencia 267/2018, de 9 de mayo, es exigido por la jurisprudencia para poder valorar el goce público de una relación de filiación acreditativa de la posesión de estado».

Tiene interés destacar que esta jurisprudencia contempla la posesión de estado como el reflejo acreditativo de una relación de filiación biológica a la que manifiesta, y que por tanto la justifica y explica, por ser previa. Lo cual, lógicamente, enlaza con la visión

¹⁵ Así, la STS de 8 de octubre de 2019 (RJ 4060) declara: «Ha quedado acreditado por expreso reconocimiento del actor que no estuvo presente en las revisiones ginecológicas, que no estuvo presente en el parto, que no acudió a conocer a la menor pese a que le fue comunicado el nacimiento el mismo día en que se produjo, que la primera vez que la vio fue transcurridos varios meses desde el nacimiento, estando con la menor durante un corto espacio de tiempo y que sólo la ha vuelto a ver en una segunda ocasión, que no ha acudido nunca al colegio de la menor, ni tampoco consta que haya preguntado por el centro al que acude ni se haya interesado por los gastos que el centro conlleva, no la ha acompañado al médico, y ninguno de estos actos han sido realizados por sus familiares directos (en especial los abuelos) que además tampoco conocen a la menor y nunca han sido vistos en su compañía. Es decir, desde que nació Ana María, no se ha realizado ni un sólo acto, con publicidad o sin ella, que permitiera reconocer de forma notoria a D. Victorio como padre de la menor; el hecho de que él fuera consciente de su paternidad o que lo fueran en aquel momento un reducido grupo de amigos o familiares, no permite hablar de posesión de estado dado que no ha existido comportamiento material y afectivo propio de la relación de filiación que fuera dispensado por el progenitor paterno o su familia».

tradicional sobre la posesión de estado, y contrasta con lo que expondremos más adelante.

Por otra parte, ha de subrayarse también que esta última sentencia reitera la doctrina declarada en la precedente STS de 18 de julio de 2018 (RJ 2949, ponente Parra Lucán), en cuya virtud, ante la ausencia de norma alguna de Derecho transitorio en la mencionada Ley 26/2015, su reforma es aplicable de forma inmediata, y también respecto de personas nacidas antes de su entrada en vigor¹⁶. Esta acertada aplicación temporal de la norma ha encontrado ratificación del Tribunal Constitucional en la STC 82/2022, de 27 de junio (ponente Xiol Ríos), que además de declarar que el plazo de un año del artículo 133.2 CC no representa «una restricción excesiva al acceso a la jurisdicción», considera que dicha interpretación sobre la aplicación de la reforma no sólo «no vulneró el principio *pro actione*, sino que el órgano judicial interpretó la norma a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la materia y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la legalidad vigente». Además, el Tribunal Constitucional reitera que no existe discriminación por presentar el Código civil un régimen diferente para la acción de reclamación según la filiación sea matrimonial o no matrimonial, insistiendo así en lo ya pronunciado en la STC 273/2005, de 27 de octubre.

Lógicamente, en la jurisprudencia menor pueden citarse muchos ejemplos de sentencias en el mismo sentido, que manifiestan cómo, tras la reforma de 2015 y frente a la indeseable situación anterior, muchas pretensiones de determinación de la filiación contraria a la posesión de estado se desestiman por caducidad. Por citar las más recientes, pueden consultarse en tal sentido la SAP Orense de 14 de febrero de 2020 (JUR 142270), SAP Albacete de 6 de octubre de 2020 (JUR 329305), SAP Cáceres de 25 de noviembre de 2020 (AC 2021\184), SAP Burgos de 10 de febrero de 2021 (JUR 133208), SAP Madrid de 30 de diciembre de 2021 (JUR 2022\116794),

¹⁶ STS de 18 de julio de 2018 (RJ 2949): «La aplicación del plazo de un año previsto en el artículo 133.2 CC a las demandas interpuestas después de su entrada en vigor no comporta la retroactividad de una ley. La imprescriptibilidad de la acción no estaba declarada en norma alguna y fue resultado de una interpretación jurisprudencial. Esta jurisprudencia, como tal, puede ser modificada cuando exista un motivo que lo justifique y, sin duda, es suficiente justificación la introducción en la ley de un límite temporal al reconocimiento de la legitimación del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial cuando no existe posesión de estado, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional. (...) Por lo dicho, habida cuenta de la finalidad de las reformas que hace la Ley 26/2015 en el régimen de la filiación y, en particular, en el artículo 133.2 CC, el silencio de las transitorias de la ley sobre cualquier otro aspecto diferente al Derecho procesal, solo puede ser interpretado como reflejo de la voluntad del legislador de la aplicación inmediata del nuevo régimen legal».

SAP Asturias de 22 de julio de 2022 (JUR 310288) y SAP Valencia de 25 de octubre de 2022 (JUR 374871).

Y, como la otra cara de la misma moneda, la existencia de posesión de estado justifica que la acción de reclamación del padre no prescriba en la SAP Málaga de 22 de enero de 2020 (AC 2021\109), y de que la abuela ostente legitimación para reclamar en la SAP A Coruña de 1 de febrero de 2021 (JUR 117973).

3. LA POSESIÓN DE ESTADO COMO ERRADO TÍTULO DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Como ya he mencionado, con ocasión de la reclamación judicial de la doble maternidad prevista en el artículo 7.3 LTRHA, la sombra de las citadas SSTs de 5 de diciembre de 2013 y de 15 de enero de 2014 se cierne sobre sentencias recientes del Tribunal Supremo, que, aun negando la pretensión ejercitada, siguen sin rectificar la doctrina en aquéllas recogida.

Así, hemos de referirnos en primer lugar a la STS de 27 de enero de 2022 (RJ 61446, ponente Parra Lucán), que aborda una demanda de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta, cuatro años después del nacimiento del hijo, por quien fuera primero pareja y luego esposa de la madre. El hijo es fruto de una reproducción asistida con semen de donante anónimo que tanto la usuaria como la luego demandante habían consentido en el correspondiente documento médico firmado en la clínica. Ambas mujeres habían contraído matrimonio después de dicha fecundación, pero la convivencia sólo duró cuatro meses: en la sentencia de divorcio, recaída un año después de contraer, consta la inexistencia de descendencia en común.

La demanda resulta estimada en ambas instancias, con fundamento en la concurrencia de posesión de estado y en el interés del menor en tener doblemente determinada la filiación. Para la demostración de la primera, en ambas resoluciones se atribuye gran peso a la acreditación del deseo común de ambas mujeres de ser madres, expresado en la firma conjunta del consentimiento en la clínica, que la Audiencia considera indicio del deseo de fundar una familia. El recurso de casación interpuesto por la madre impugna la concurrencia de los dos fundamentos mencionados, y además alega vulneración del derecho a la igualdad, porque con cita de la jurisprudencia que acabamos de exponer, advierte la existencia de recientes sentencias del Tribunal Supremo que deniegan la acción del padre sin posesión de estado, por caducidad.

El recurso de casación se estima porque:

a) El interés del menor no es título de determinación de la filiación, en abstracto. «Sin embargo, partiendo de lo anterior, en casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, esta sala ha valorado que el interés del menor a que se referían los litigios que se juzgaban quedaba mejor protegido por la determinación legal de una doble maternidad, convirtiendo en legal una filiación vivida manifestada por constante posesión de estado». Frase a la que sigue una resumida referencia a las circunstancias fácticas de las SSTS de 5 de diciembre de 2013 y de 15 de enero de 2014. Además, la sentencia señala que no cabe dar por supuesto el interés del menor en tener doblemente determinada su filiación por lograrse así un doble centro de imputación de la patria potestad, ya que eso conduciría a la estimación de la acción en todos los casos.

b) No existe en el caso enjuiciado posesión de estado, por falta de *tractatus* o actos propios de la relación materna, así como de *fama* o exteriorización de la misma, con continuidad y actualidad, de los que resulte «el goce público de una relación de filiación».

Con fundamentos y resultado semejantes se pronuncia la STS de 11 de julio de 2022 (RJ 3820, ponente Parra Lucán), ante la demanda, también en ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial *por* posesión de estado, interpuesta en este caso por quien fue compañera de la madre un tiempo, aun sin disolver su matrimonio con un hombre, y mantuvo relación con el hijo, quien alcanzando en el proceso la edad de catorce años, manifestó no desear contacto alguno con la demandante¹⁷. La acción se desestima en primera instancia, pero la SAP Castellón de 20 de mayo de 2021 (JUR 328195) determina la «maternidad no biológica» del menor, atribuyendo el ejercicio único de la patria potestad a la madre biológica, dado el rechazo del hijo a la demandante, con fundamento en su interés superior. El Tribunal Supremo estima el recurso de la madre con idénticos fundamentos a los de la sentencia anterior: falta de posesión de estado y no responder al interés del menor concreto, por no verse «el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el ya adolescente».

¹⁷ La demanda se presenta cuando el hijo tiene diez años, si bien sólo meses después de negar la madre todo contacto con él a la demandante: este trato se había prolongado a lo largo de seis años tras la ruptura definitiva de las mujeres, acaecida cuando el niño tenía tres años.

Pues bien, aunque considero correctas estas decisiones, bien fundamentadas y muy cuidadosas en el tratamiento de las difíciles cuestiones técnicas y personales implicadas, me gustaría señalar como puntos negros, que debería haber rectificado el Tribunal Supremo, los siguientes:

a) La asunción de esa acción de determinación de la filiación por posesión de estado, supuestamente alojada en el artículo 131.1 CC y cuya denominación ha encontrado carta de la naturaleza en la práctica jurisprudencial, pero no en la doctrina, que es unánime al calificar dicha acción como de reclamación *stricto sensu*.

Efectivamente, el artículo 131 CC reconoce acción a cualquier persona con interés legítimo «para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado». Pero esta acción con legitimación activa tan amplia no es meramente declarativa de la existencia de un título de determinación de la filiación, porque la posesión de estado no lo es en nuestro sistema legal. Por ello, no se dirige a convertir en relación jurídica de filiación la constatación de la existencia de posesión de estado. El artículo 131 CC contempla una acción de reclamación *stricto sensu*, dirigida a poner de manifiesto la verdad biológica. Aunque en algunas sentencias muy anteriores a las de 2013 y 2014 el Tribunal Supremo haya empleado una terminología equívoca, calificando esta acción de «homologación o aprobación judicial del reconocimiento presunto a partir de la demostración de la existencia de posesión de estado» (en este sentido, *vid.* SSTs de 2 de marzo de 1994 –RJ 2387, ponente Bacigalupo Zapater– y de 16 de febrero de 1989 –RJ 969, ponente Latour Brotons–). Esta denominación, a mi modo de ver, es un arrastre de la redacción original del Código civil, donde la posesión de estado de hijo natural (arts. 135 y 136 CC) confería a éste el derecho a exigir el reconocimiento de los progenitores, constituyendo así un presupuesto de la que vino a denominarse, impropia pero gráficamente, «acción de reconocimiento forzoso». Pero adviértase que la redacción originaria del Código civil no admitió la investigación de la paternidad, negándose por ende a los hijos el derecho de exigir judicialmente su filiación. De ahí que tal acción se contemplara como la constatación judicial de un reconocimiento tácito, demostrado por actos reiterados del padre o de su familia, de haber el hijo como propio. Luego, en el sistema de filiación instaurado en 1981, la posesión de estado no es el fundamento de la pretensión articulada en esta acción, sino el presupuesto para la legitimación activa. De manera que si en el curso del proceso se demuestra que no responde a la verdad, la filiación no podrá establecerse en favor de quien la ostenta.

b) La posibilidad misma de una acción de reclamación de la «doble maternidad extrajudicial» *por* posesión de estado, que presupone una interpretación ya no flexible del artículo 7.3 LTRHA, sino que lo erige en principio inspirador del sistema, y del que puede por tanto inferirse una acción encaminada a exigir la declaración que el precepto contempla como voluntaria.

c) Mantener el equívoco sobre el carácter de título de determinación de la filiación de la posesión de estado: en realidad, en estas sentencias de 2022 el Tribunal Supremo reconoce que las SSTs de 2013 y 2014 preservan «una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el niño», si bien modulada por el interés de éste.

d) Más sutilmente: la admisión de la posibilidad misma de existencia de posesión de estado de doble maternidad implica un cambio sustancial en su concepto, que dejaría de basarse en la realidad, en el dato biológico, para quedar fundada en la voluntad. Lo cual podría defenderse si la voluntad de ser madre se hubiera previsto legalmente como fuente de la filiación, pero no es así¹⁸. Y ni siquiera cabe decir tal cosa tras las últimas reformas introducidas por la Ley Trans, según se abordará más adelante.

Dicha asunción choca con la conceptualización doctrinal y jurisprudencial sobre la posesión de estado, que como acaba de exponerse hace referencia al mantenimiento de actos públicos, continuados y expresivos de los que puede *inferirse* (no crearse) una relación de filiación *cierta*, sostenidos por quien se tiene por progenitor o por su familia: como ya he advertido, es la concepción presente en las resoluciones más recientes sobre el concepto de dicha posesión de estado.

Que la posesión de estado es un modo de inferir la relación biológica, que presupone la convicción de quien se comporta como padre, de serlo, resulta del artículo 767.3 LEC, lo cual implica que sólo sea predicable de una relación heterosexual¹⁹. Cuestión diferente es que se haya admitido legalmente la existencia de una doble maternidad, o socialmente incluso la de doble paternidad o maternidad, aunque sólo uno o ninguno sea progenitor. Ello dará lugar a

¹⁸ Es la argumentación que emplea DÍAZ MARTÍNEZ cuando atribuye posesión de estado a quien ha manifestado su consentimiento al proyecto de maternidad común con la gestante, más allá del cumplimiento de los requisitos formales del artículo 7.3 LTRHA. La autora incide en que no es la posesión de estado el título atributivo de la filiación, sino la voluntad procreativa de ambas mujeres, y ahí ubica la doctrina de la STS de 15 de enero de 2014: *vid.* 2021, pp. 174 ss. y núm. 69.

¹⁹ En este sentido, con cita de otros autores, QUESADA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 53-55. LÓPEZ Y LÓPEZ se refiere a las «altísimas probabilidades de coincidir con la realidad de la *causa iuris* del *status filii*» como justificación del alto valor reconocido por el ordenamiento a la posesión de estado; 2021, pp. 811 ss. La idea está presente también en las pp. 806 ss.

una realidad familiar vivida que no puede confundirse con la posesión de estado, y si ésta no es título para la determinación de la filiación, mucho menos aquélla, cuyo ámbito de protección jurídica se encontrará en la tutela de las relaciones familiares y de allegados, pero no a través de la determinación de la filiación.

No me resisto a una reflexión en este punto sobre el Derecho francés. Es un lugar común afirmar que en Francia la posesión de estado sí es título de determinación de la filiación, lo cual es cierto, pero ha de matizarse²⁰. Efectivamente, es un título independiente de determinación de la filiación, previa su constatación por acta de notoriedad notarial (art. 310-1 *Code*) o por sentencia (art. 330 *Code*). En ambos casos han de quedar probados sus elementos, que como dice el artículo 311.1 *Code* «revelan el vínculo de filiación y de parentesco entre una persona y la familia a la que dice pertenecer». Así constatada, presume legalmente la filiación, pero ésta puede atacarse demostrando su falta de veracidad, a través de la acción de impugnación recogida en el artículo 335 *Code*, dirigida a poner de manifiesto la verdad biológica²¹. De manera que el vínculo entre la posesión de estado y la realidad biológica es indudable: la primera no surge sin la segunda, sino que la refleja, permitiendo determinar la filiación a través de su mera prueba, pero de manera provisional y a reserva de su adecuación con la verdad biológica.

Esta configuración de la posesión de estado es coherente con la negativa de nuestro sistema a admitir la mera voluntad para determinar relaciones de filiación. Y concuerda con ella la doctrina del Tribunal Supremo sobre la impugnabilidad del reconocimiento de complacencia, recogida en la STS de 15 de julio de 2016 (RJ 3196, ponente Pantaleón Prieto): dado que la voluntad no se corresponde con la realidad, y el ordenamiento no recoge expresamente su nulidad, se prefiere admitir su impugnación incluso por quien lo ha realizado, que dejarlo al albur de una declaración sin soporte biológico.

Pese a estas omisiones, es de esperar que estas dos sentencias de 2022 sirvan para poner coto a la mencionada e injustificada creatividad de algunas sentencias de Audiencias Provinciales, que yendo mucho más allá de la doctrina recogida en las SSTS de 2013 y 2014, muestran una lamentable confusión de conceptos técnicos, una indiscriminada apelación a la analogía entre supuestos radical-

²⁰ Para un completo e ilustrativo estudio del Derecho de filiación en Francia, *vid.* LÓPEZ AZCONA, *RGLJ*, 2021.1, pp. 21-68.

²¹ De forma gráfica, MASSIP señala que la posibilidad de atacar la no veracidad de la posesión de estado y por ende impugnar la filiación es una posibilidad similar a la que, en materia de posesión de las cosas, permite probar que el poseedor no es el verdadero dueño, lo cual califica de doctrina unánime: *vid.* 2006, p. 35.

mente distintos y un peligroso recurso al interés del menor, que confunde la filiación con la protección de menores, mezclando visitas y relaciones personales con patria potestad y posesión de estado²².

Efectivamente, además de las del Tribunal Supremo (respectivamente SAP Málaga de 24 de junio de 2020 –JUR 2021\55965– y SAP Castellón de 20 de mayo de 2021 –JUR 328195–), pueden encontrarse sentencias en la jurisprudencia menor donde la doctrina presente en las SSTs de 2013 y 2014 se amplía de forma aún más discutible, ante el ejercicio de la ya aceptada acción de reclamación de la maternidad extramatrimonial *por* posesión de estado. Es el caso de la SAP Madrid de 30 de noviembre de 2018 (JUR 2019\15949), donde sin constancia de la voluntad común a la procreación y aun reconociendo la existencia de posesión de estado, se deniega la determinación de la filiación en atención al interés del hijo menor, integrado en la nueva familia de la madre con su esposa. Por su parte, la SAP Asturias de 12 de noviembre de 2019 (JUR 2020\32695) declara la maternidad pese a la oposición inicial de la demandante al tratamiento reproductivo de su pareja, entendiéndose que: «Lo que es relevante, pese a la contradicción existente entre las versiones de las partes, es que la actora recibió información y fue tratada como la pareja estable de quien se sometió a dichas técnicas; (...) la parte actora, pese a su inicial oposición, no dio la espalda en ningún momento a la gestante». Por el comportamiento sostenido hacia ésta y por la relación sostenida con la hija, se aprecia la existencia de posesión de estado²³. La SAP Baleares de 9 de junio de 2022 (RJ 290025), que incluye un completo resumen de la situación²⁴, atribuye a la creación jurisprudencial la determinación

²² En este sentido, calificando la STS 27 enero 2022 de «atinada y necesaria», *vid.* QUICIOS MOLINA, *CCJC*, 2022, pp. 141-168.

²³ DÍAZ MARTÍNEZ califica este caso de «más controvertido todavía» que el enjuiciado en la STS de 15 de enero de 2014, «por las circunstancias de las que se ha deducido un más que discutible consentimiento procreacional», y porque «la filiación no se puede declarar con base únicamente en la posesión de estado», 2021, pp. 182 y 183.

²⁴ Que reproduzco textualmente por ilustrar con suma claridad el *status questionis*. SAP Baleares de 9 de junio de 2022 (RJ 290025): «La atribución judicial de la filiación extramatrimonial a una mujer homosexual, tras la ruptura de una relación de pareja con otra mujer, de un niño nacido por reproducción asistida de un óvulo de esta última fecundado con semen de un donante anónimo, resulta factible y jurisprudencialmente se admite con fundamento en la existencia de una voluntad procreacional conjunta, libre y voluntaria de tener un hijo en común, unida a la posesión de estado, esto es, a la situación de hecho en virtud de la cual la madre no biológica se comporta y es tenida por la familia y terceros, durante un cierto tiempo de modo ostensible, como madre con actos exteriorizadores que lo patentice y evidencien, si bien es de significar que la existencia de esa voluntad de maternidad compartida atenúa la intensidad de dicha posesión de estado».

Esta posibilidad de atribución de la maternidad entre parejas femeninas del mismo sexo, que se asienta en precedentes de la Sala primera del TS (STS 608/14 y 740/13) que interpretan el artículo 131 del CC, en relación con el artículo 7.3 de la Ley de reproducción asistida, tiene por objeto evitar la discriminación que se produce respecto de las parejas

judicial de la doble maternidad con fundamento en una voluntad procreacional conjunta (no recogida en el caso en documento alguno) unida a la posesión de estado, con el objetivo de evitar la discriminación entre parejas femeninas casadas y no casadas y bajo el presupuesto de que la posesión de estado no es sólo aplicable a la filiación biológica, «sino también cabe en el ámbito de la reproducción asistida cuando dicha posesión viene precedida de una voluntad procreativa conjunta y voluntaria».

Frente a estos excesos, es importante terminar este epígrafe dando noticia de la última sentencia dictada por el Tribunal Supremo en materia de filiación, STS de 16 de mayo de 2023 (JUR 214585, ponente Parra Lucán) en un supuesto que ejemplifica perfectamente la tendencia al voluntarismo presente en el actual Derecho de filiación. Medios de comunicación de todo tipo se han hecho eco del caso, dado que las partes son personajes públicos. De nuevo, la acción ejercitada es la de reclamación de la paternidad no matrimonial *por* posesión de estado basada en el artículo 131 CC, en este caso, doble: para determinar la paternidad del demandado respecto de los hijos del demandante, y la del demandante respecto de los hijos del demandado, sendos gemelos nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada. No se aborda en el caso la determinación ni el reconocimiento de esta filiación, ya inscrita en el Registro Civil español a favor, respectivamente, del comitente que aportó los gametos masculinos. La pretensión del demandante se basa en la voluntad de ambas partes de constituir una familia con los cuatro niños, que vivirían así como hermanos, así como en la posesión de estado, y el interés de los menores. Pues bien, tanto en primera instancia como en apelación se incide en que la posesión de estado, cuya existencia no se discute, no es título suficiente para determinar la filiación, ni tampoco el interés del menor, cuyo derecho a tener una identidad única se encuentra ya tutelado, así como su integración en la familia de sus respectivos padres. De manera que se establece un amplio y flexible régimen de relación y estancia entre los cuatro menores, el demandante y el demandado, con cita de las SSTS de 12 de mayo de 2011 (RJ 3280, ponente Roca Trías) y de 1 de marzo de 2019 (RJ 643,

femeninas del mismo sexo que estando casadas y no separadas pueden acudir a la posibilidad que concede el artículo antes citado, que permite la inscripción del nacimiento del hijo de la madre biológica por la declaración del nacimiento por su mujer ante el encargado del registro civil y se asienta sobre la base de considerar que la posesión de estado es aplicable no solo a la filiación biológica, sino también que cabe en el ámbito de la reproducción asistida cuando dicha posesión viene precedida de una voluntad procreativa conjunta y voluntaria.

ponente Baena Ruiz)²⁵. Luego, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, reiterando la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTs de 27 de enero de 2022 y de 11 de julio de 2022, y confirma la sentencia de la Audiencia, concluyendo que: «Los dos motivos del recurso de casación van a ser desestimados porque la sentencia recurrida, al concluir que la situación fáctica no permite determinar las filiaciones reclamadas con apoyo en la posesión de estado y en el principio del interés de los menores, no infringe ningún precepto legal, da respuesta adecuada al interés de los menores y no es contraria a la doctrina de la sala».

Me parece destacable el parecer unánime de todas las instancias judiciales en la resolución del caso, como decía, paradigma de la tendencia al voluntarismo presente en el actual Derecho de filiación²⁶. Y ha de advertirse también cómo de nuevo la sentencia supone la restricción de anteriores y problemáticas resoluciones del propio Tribunal Supremo.

4. LA POSESIÓN DE ESTADO COMO MEDIO FALLIDO DE DETERMINAR LA FILIACIÓN DE LOS ESPAÑOLES NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL EXTRANJERO

Es imprescindible referirse en este epígrafe a la reciente STS (Pleno) de 31 de marzo de 2022 (RJ 1190, ponente Saraza Jimena), sobre gestación subrogada, que viene a ratificar el criterio fijado por la de 6 de febrero de 2014 (RJ 833, ponente Sarazá Jimena), ahora en una sentencia unánime, frente a la estrecha mayoría de seis a cuatro de la anterior. Si en el supuesto abordado en la STS de 2014 la pretensión se dirigía al reconocimiento de la filiación determinada en California tras una gestación por sustitución, instando su inscripción en España, en la última se enjuicia la misma acción de reclamación de la maternidad *por* posesión de estado fundada en el artículo 131 CC a que venimos refiriéndonos, que se ha convertido en pretensión y lugar común en la práctica forense.

En este caso ya famoso, la comitente había emprendido en soledad un proceso de gestación subrogada en México, con gametos

²⁵ Estas sentencias distinguen nítidamente entre la tutela de las relaciones personales de los menores con parientes y allegados, y la determinación de la filiación.

²⁶ Como observa la STS de 16 de mayo de 2023 (RJ 211435): «Dentro del respeto que merecen los diferentes modelos de familia, el modelo convivencial libre y voluntariamente establecido por las partes pudo mantenerse como tal mientras quisieron, pero no permite su imposición, y menos a través de una determinación judicial de la filiación que no tiene amparo legal».

masculino y femenino procedentes de donantes anónimos. La acción de reclamación de la maternidad la ejercita el padre de la comitente contra ésta y el Ministerio Fiscal, y resulta desestimada por la SJPI núm. 77 de Madrid de 19 de febrero de 2021, que señala a la demandada la posibilidad de tramitar un expediente administrativo de solicitud de guarda o acogimiento previo a la adopción del menor. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación presentado por demandante y demandada, que sin embargo fue acogido por la SAP Madrid de 1 de diciembre 2020 (JUR 2021\55934). En esta larga y trabajada sentencia, que recoge un extenso resumen de la *questio iuris* en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia (con especial referencia a la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH), se estima el recurso y declara la filiación reclamada desde dos presupuestos básicos: la necesidad de dotar al menor de un respaldo jurídico adecuado, y la no contrariedad del reconocimiento de la filiación surgida tras un contrato de gestación subrogada con el orden público español. De manera que, tras desechar la posibilidad de la vía de la adopción, y también como en las acciones mencionadas en el epígrafe anterior, declara la maternidad con fundamento en la existencia de posesión de estado y en el interés superior del menor en no mudar su modelo familiar.

El Tribunal Supremo, a mi entender con acierto, dedica una buena parte de la sentencia a transcribir el contrato de gestación entre la comitente (futura madre en el mismo) y la «gestante sustituta», para dejar clara la vulneración que supone para sus derechos fundamentales y los del bebé, quien se convierte en objeto de un contrato, argumento que titula y encuentra desarrolla en el FD tercero de la sentencia. A partir de la radical contrariedad de dicha práctica con el orden público español, el FD cuarto expone que el interés del menor debe reconducirse a proteger las relaciones familiares fácticas existentes, lo cual reconduce, respecto del padre biológico, a la acción de reclamación de la paternidad conforme al artículo 10.3 LTRHA, y respecto de la madre comitente, a la adopción, cuya constitución requiere la valoración judicial en concreto de dicho interés, así como de la idoneidad de la adoptante²⁷. Solución que insiste el Tribunal Supremo en advertir que es conforme con la jurisprudencia emanada del TEDH, en alusión a la libertad de configuración que cabe a los Estados para reconocer, si respon-

²⁷ STS de 31 de marzo de 2022 (RJ 1190): «En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el artículo 10.3 LTRHA. Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la adopción».

de al interés del menor, esa familia de hecho con respeto a su derecho a tener una identidad única, integrado en el derecho a la vida privada, en un plazo razonable y sin dilaciones excesivas.

Dado que no es objeto de este trabajo ni analizar el difícil fenómeno de la gestación subrogada, a la que la doctrina viene dedicando un esfuerzo tan amplio y riguroso como merece²⁸, ni comentar una sentencia que ha recibido una atención proporcional a su importancia, resaltaré aquí sólo la cuestión que enlaza con el objeto de este trabajo. Aunque aplaudo y comparto la argumentación de esta sentencia, quisiera subrayar que el Tribunal Supremo también en ella ha eludido la aclaración de que el artículo 131 CC no contempla una acción de declaración de la filiación a partir de la posesión de estado, porque ésta no es título de determinación. Ciertamente, no se ha declarado la filiación con semejante sustento, y del contraste entre lo dicho en esta sentencia y anteriores declaraciones del Tribunal Supremo²⁹, cabe apreciar cierto golpe de timón tendente a rectificar el peligroso rumbo provocado por las SSTS de 2013 y 2014, y así ha sido puesto de manifiesto por la doctrina³⁰.

Indudablemente, la STS de 31 de marzo de 2022 ha de reconducir la cuestión en la jurisprudencia menor, ya que la sentencia que casa no es la única donde se ha determinado la filiación tras un contrato de gestación subrogada con fundamento en la posesión de estado y el interés del menor, tras mencionar que no cabe la vía de la adopción. Así puede verse en la SAP Barcelona de 6 de abril

²⁸ Por citar sólo los trabajos más recientes, remito al lector interesado a: NANCLARES VALLE, *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, pp. 1-48; FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2022, III, pp. 1281-1314; MÚRTULA LAFUENTE, 2021, pp. 319-372, y *Derecho Privado y Constitución*, 2023, pp. 87-137; NAVARRO MICHEL, *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, pp. 5-28; SÁNCHEZ JORDÁN, *InDret*, 4, 2020, pp. 116-146.

²⁹ En el ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 141), que desestima la petición de nulidad de actuaciones de la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 833) con fundamento en la jurisprudencia del TEDH recaída ulteriormente, se dice: «En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor».

³⁰ Con juicios dispares: ALVAREZ GÓNZALEZ considera que no puede aplaudirse lo que considera una restricción novedosa respecto de lo dicho en 2015, que estima «más ajustado a nuestro ordenamiento jurídico que la actual sentencia», *Diario La Ley*, núm. 10069, de 16 de mayo de 2022, La Ley 5054/2022, p. 8. Por el contrario, FARNÓS AMORÓS considera el mayor mérito de la sentencia de 2022 impedir el recurso a la posesión de estado como título de determinación de la filiación, frente a la doctrina presente en las SSTS de 2013 y 2014, a las que critica con cita de las palabras del voto particular a la segunda: «Más allá de las circunstancias concretas de cada caso, ambos pronunciamientos desnaturalizan la categoría de la posesión de estado, en cuanto prescinden de que ésta «no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que permite presumir quienes pueden ser los progenitores»; «La gestación por sustitución...», *ADC*, 2022, p. 1300.

de 2021 (JUR 192738)³¹, y en la SAP Islas Baleares de 27 de abril de 2021 (JUR 163294). Mención aparte merece la SAP Granada de 3 de mayo de 2019 (JUR 2020\20463), que declara la filiación paterna con fundamento en el artículo 10.3 LTRHA, dando a entender que el contrato de gestación subrogada celebrado en México ante notario atribuía los gametos masculinos al varón de la pareja heterosexual demandante. La Audiencia señala que no puede dudarse sobre su paternidad, porque media posesión de estado. Ahora bien, ha de advertirse que la jurisprudencia de las Audiencias no arroja una postura unánime: también puede encontrarse sentencias que niegan la determinación de la filiación con tales fundamentos. Es el caso del AAP Orense de 21 de octubre de 2020 (JUR 2021\25912), desde el acertado argumento de que la posesión de estado es «un medio de justificar la filiación natural», y de la SJPI núm. 4 de Pamplona de 8 de junio de 2021 (TOL 8.624.379), que aun calificando tal posesión de título de determinación de la filiación, desestima la pretensión por mediar fraude de ley, dado que la inscripción en el Registro Civil de California se había logrado tras la falsa afirmación de ser propios del demandado los gametos empleados en el proceso de gestación por sustitución³². La SAP Navarra de 7 de junio de 2022 (JUR 264041) confirma esta sentencia, y señala que la STS de 31 de marzo de 2022: «viene a descartar que tal protección mediante la determinación de la filiación respecto a los padres comitentes (en el caso concreto resuelto por el TS, respecto a la madre comitente) pueda obtenerse mediante el expediente de declaración de la filiación manifestada por la constante posesión de estado (art. 131 CC)»³³.

³¹ Comparto absolutamente las críticas a esta sentencia vertida por FARNÓS AMORÓS, que califica de sorprendente la mencionada imposibilidad a la adopción y considera aún más grave e inapropiado el recurso a la posesión de estado en Cataluña, «donde históricamente ha prevalecido la verdad biológica», *vid.* «La gestación por sustitución...», *ADC*, 2022, p. 1297 y notas 54 y 55.

³² SJPI núm. 4 de Pamplona de 8 de junio de 2021 (TOL 8.624.379): «En el caso de autos, sin embargo, no cabe el reconocimiento de tal posesión de estado pese al hecho acreditado de que el Sr. Onésimo ha venido comportándose, desde su nacimiento, como el padre de los menores. Y ello porque subyace un fraude de Ley que no puede quedar amparado por nuestro ordenamiento jurídico. Tanto como demandante como demandado, que por su edad no tienen posibilidad de adoptar en nuestro País, iniciaron de forma consciente y querida un proceso para obtener dos niños menores que no es legal en España, mediante La suscripción de un contrato de gestación subrogada que está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. Es más, el Sr. Onésimo consiguió ser reconocido como progenitor de los menores en el Estado de California e inscribirlos en su Registro Civil como su padre, mediante la falsa afirmación de haber aportado material biológico para la fecundación lo que, como él mismo reconoce, no es real».

³³ En el caso, la acción de reclamación de paternidad por posesión de estado la ejercitaba la comitente y «guardadora de hecho» contra su pareja heterosexual, en un caso de gestación subrogada con donación anónima de gametos.

En suma, también por esta vía se aprecia cierta restricción a la injustificada omnipresencia de la posesión de estado erigida en título de determinación de la filiación.

IV. LA VOLUNTAD COMO TÍTULO DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que reguló por primera vez las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro Derecho, adoptó una decisión muy consciente sobre el papel que la voluntad de someterse a ellas desempeñaría en la determinación de la filiación. En su virtud, no la erigió en título para ello, solución que se estimó coherente con la de no introducir en nuestro ordenamiento una clase de filiación identificada por el origen del nacimiento, ligado a tales técnicas. De manera que, como es bien sabido, la Ley 35/1988 sólo recogió algunos matices o reglas especiales, para modular las reglas generales de determinación de la filiación para estos casos. Cuya inspiración, ciertamente, es establecer un paralelismo entre la verdad biológica y la voluntad de someterse a dichas técnicas. Bien para hacerla coherente con los títulos de determinación recogidos en el Código civil, bien para excluir la impugnación de la paternidad por desacuerdo con la verdad biológica. De manera que dicha Ley articuló más bien límites a la voluntad, para no interferir en la coherencia del sistema, pero sin convertirla en eje de la determinación de los hijos nacidos con intervención de estas técnicas.

Este planteamiento se mantuvo invariado en la vigente Ley 14/2006, de 22 de mayo, de TRHA, hasta que por Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación registral de la mención relativa al sexo, se añadió el artículo 7.3 en la primera, para posibilitar la doble maternidad biológica matrimonial por declaración conforme de la esposa de la madre casada y no separada, proferida ante el Encargado del Registro Civil antes del nacimiento del hijo. Como la doctrina ha puesto unánimemente de manifiesto³⁴, este nuevo artículo introdujo un título totalmente nuevo, en cuanto dependiente sólo de la voluntad de la esposa de la madre y sin vínculo alguno con la verdad biológica, en diferencia esencial con el reconocimiento de filiación. Voluntad consistente en la de haber el hijo de la esposa como propio, no en la de consentir la práctica

³⁴ Por todos, *vid.* BARBER CÁRCAMO, *Derecho Privado y Constitución*, 2014, pp. 111-114; FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2015, p. 12, y QUICIOS MOLINA, 2018, pp. 187 ss.

de la fecundación asistida, a diferencia de lo contemplado en otros preceptos de la misma Ley.

Posteriormente, la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, modificó dicho artículo 7.3 LTRHA, flexibilizando sus requisitos formales y temporales, probablemente en busca de una pacificación de la figura de la doble maternidad, tras recaer las tan citadas SSTs de 5 de diciembre de 2013 y de 15 de enero de 2014, que la práctica ha revelado fallida. La misma Ley dio nueva redacción al artículo 44 LRC, introduciendo en él un apartado 5 que, siendo la versión registral del artículo 7.3 LTRHA, y debiendo por tanto interpretarse a partir de aquél, ha recibido desde la RDGR de 8 de febrero de 2017 (RJ 2018/4768) la consideración de norma sustantiva independiente, posibilitando la inscripción de la doble maternidad sin necesidad de constancia de haberse empleado técnicas de reproducción asistida³⁵. Sin embargo, tampoco esta clara ampliación del ámbito del artículo 7.3 LTRHA ha sosegado su tortuosa aplicación, debida como dije hace un tiempo a que es una cuña de diferente madera, de muy difícil encaje con el resto del sistema, y demostrativa de la vacilación y falta de criterio del legislador.

En consecuencia, sólo desde una interpretación extensiva y analógica, que atribuya al artículo 7.3 LTRHA el papel de clave en la determinación de la filiación nacida mediante técnicas de reproducción asistida, puede considerarse la voluntad procreativa como título, junto a la posesión de estado modulada por el interés del menor³⁶. Lo cual, a mi entender, es una opción muy defendible como criterio *lege ferenda*, en esa inaplazable reforma del Derecho de filiación que cada vez es más urgente, pero no se sostiene con los actuales términos legales.

Por todo ello, la mayoría de la doctrina defiende la necesidad de establecer legalmente, como título de determinación de la filiación nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida, la voluntad procreativa común, manifestada por la pareja de la mujer antes del sometimiento a dichas técnicas, y con independencia de su sexo y de la existencia o no de matrimonio. Al modo en que lo hace el Código civil catalán, y con el sumo cuidado que requiere la introducción de este título, dada su desvinculación de la realidad, que lo separa del reconocimiento de filiación. Ello, y su incidencia sobre una materia de interés público como es la filiación, aconseja-

³⁵ Sobre esta cuestión, remito al lector interesado a la detenida exposición recogida por QUICIOS MOLINA, 2021, pp. 277-315.

³⁶ Es la tesis que desarrolla a lo largo de su trabajo DÍAZ MARTÍNEZ, 2021, p. 178, entre otras.

rían la exigencia de forma pública como vehículo de expresión de dicha voluntad³⁷. La asunción legal de este título posibilitaría sin duda el ejercicio de acciones de reclamación cuya pretensión se basara en la demostración de la misma, y no en la verdad biológica, como sucede actualmente. Y, sin lugar a dudas, debería proibirse el ejercicio de cualquier acción impugnatoria que comportara una revocación de la misma³⁸.

En este sentido ha discurrido la modificación llevada a cabo en el Código civil francés tras su reforma por Ley núm. 2021-1017, de 2 de agosto, sobre bioética, que ha alterado la determinación de la filiación médicamente asistida. Ahora, el artículo 342-10 *Code* admite la doble maternidad con contribución de donante, previo consentimiento conjunto a la fecundación prestado por ambas mujeres ante notario, en cuya virtud se entiende prestado el reconocimiento conjunto del hijo que determina la filiación (así se expresa el *Code*) de la mujer que no da a luz (art. 342-11 *Code*). Dicho consentimiento impide toda acción de reclamación o de impugnación posterior en contra (art. 342-10. II *Code*). En caso de no remitirse al Registro Civil dicho reconocimiento conjunto de las dos mujeres, puede comunicarse por el Ministerio Fiscal, previa petición del hijo mayor, de su representante legal durante su minoría de edad, o de cualquier persona con interés en emprender acciones legales (art. 342-13. IV *Code*). Solución que es diferente a la prevista para el padre que accedió a la intervención de donante: contra él se contempla una remisión a la acción de reclamación prevista en el artículo 328 (art. 342-13. I y II *Code*).

Considero esta regulación sumamente acertada, y creo que debería inspirar la reforma que nuestro Derecho necesita. Por una parte, porque erige la voluntad conjunta de emprender una fecundación asistida en centro de la determinación de la filiación, que impide su ulterior impugnación por mera revocación ulterior. Por otro lado, porque distingue adecuadamente entre esta voluntad y el reconocimiento de filiación: adviértase que dicho consentimiento implica o acarrea tal reconocimiento, pero ambos actos no se confunden, son diferentes. Y finalmente, el consentimiento a la fecundación conlleva la posibilidad de exigir judicialmente su constata-

³⁷ Ha de advertirse que la práctica del Derecho catalán ha demostrado que, aun admitiendo la expresión de dicha voluntad ante la clínica, además de en escritura pública, se estima la acción de reclamación si se considera probado el consentimiento de cualquier otra forma: *vid.*, STSJ Cataluña de 1 de julio de 2019 (JUR 259597, ponente Seguí Puntas). Ante dicha constatación, DÍAZ MARTÍNEZ apunta a que quizá las reformas de 2015 admitan «una exégesis que ponga ya en segundo plano la forma, para dirigir el foco hacia el que siempre constituyó el fondo, la voluntad de tener al menor legamente como hijo propio», *loc. cit.*, p. 171.

³⁸ Conforme a lo dispuesto en el artículo 235-28.2 CCCat.

ción registral, mediante una acción diferente y separada de las de reclamación *stricto sensu*. Creo que todo ello constituye una muy razonable composición de los intereses en juego, respetuosa con la naturaleza jurídica de los expedientes empleados.

En nuestro país, el análisis de la jurisprudencia menor ofrece ejemplos puntuales de acciones impugnatorias demostrativas de lo lável y cambiante que puede ser la voluntad, máxime cuando carece de base real o biológica, y en situaciones de crisis sentimental. Ciertamente, no hay demasiados casos al respecto en la jurisprudencia de las Audiencias, y la mayoría de las sentencias son acertadamente desestimatorias, pero su referencia me parece ilustrativa del estado de cosas actual.

Empezaré por un caso llamativo. Dos mujeres casadas y luego separadas de hecho quedan embarazadas, una por medios naturales, otra mediante TRHA. Se reconcilian, asumen cada una la maternidad del hijo de la otra por la vía del artículo 7.3 LTRHA, y luego se divorcian, tras el descubrimiento de la infidelidad de la primera. Entonces, cada una de ellas impugna su comaternidad respecto del hijo alumbrado por la otra, para que la filiación quede determinada sólo respecto de ésta. Los argumentos son comunes: falta de posesión de estado, interés del menor (identificado en no tener como madre a quien no desea serlo), error y aplicación analógica del artículo 8.1 LTRHA, que debería conducir a la estimación de la impugnación en virtud de la doctrina del Tribunal Supremo sobre los reconocimientos de complacencia. Ambas acciones se desestiman, respectiva y acertadamente, en las SSAP Huelva de 14 de octubre de 2020 (JUR 365793) y de 20 de octubre de 2020 (JUR 367248). En ambas se argumenta que, una vez inscrito el menor por la vía del artículo 7.3 LTRHA, ni la falta de posesión de estado en relación con el interés del menor, ni la mera revocación de la voluntad posibilitan la impugnación de la filiación, que determinada por dicho artículo es tan inimpugnable como la adoptiva, no presentando dicho título igualdad de razón con la posibilidad de impugnación del reconocimiento de complacencia de las parejas heterosexuales, por no tratarse de tal. Las dos sentencias desestiman también la alegación del error consistente en haber acaecido la generación en una de las filiaciones por medios naturales: en la primera de ellas, que responde a la demanda de quien lo sufrió, se aprecia caducidad e inexcusabilidad del mismo. En la segunda, porque no cabe aducirlo a quien lo provocó con su conducta.

Otro ejemplo significativo ofrece la SAP Madrid de 7 de julio de 2020 (JUR 333891), donde se plantea la impugnación de la doble paternidad determinada tras un proceso de gestación por sus-

titución (en adelante, GS) en California inscrito en el Registro Central español. La demanda se presenta por el padre que había aportado su espermia, contra su exmarido, obviamente para mantener la paternidad sólo en favor del demandante. En primera instancia se considera caducada la acción en aplicación del artículo 136 CC, contándose el *dies a quo* desde la inscripción. La Audiencia comparte este argumento y añade el de la contradicción de la acción impugnatoria con el principio de buena fe recogido en el artículo 7.1 CC, que impediría al demandante alegar la nulidad del contrato de GS tras haber promovido la inscripción de la filiación³⁹. Adviértase la preocupante subsunción del supuesto en el artículo 136 CC, que aborda la impugnación de la paternidad matrimonial biológica determinada por la presunción de paternidad del marido. Un nuevo ejemplo de analogías indebidas y errónea subsunción de supuestos de hecho radicalmente diferentes.

Por el contrario, la impugnación de la maternidad determinada *ex* artículo 7.3 LTRHA prospera en la SAP Córdoba de 5 de julio de 2021 (JUR 347847), que declara: «no deben establecerse criterios generales respecto de la impugnación de la filiación en supuestos como el que nos ocupa sobre la base de rígidas pautas universales. Hay que analizar cada caso, teniendo en cuenta el contexto en el que el progenitor no gestante presta su consentimiento y el interés del menor, que constituye un elemento decisivo en todas las decisiones relativas al mismo». Con dicho presupuesto, estima el recurso de ambas madres y por tanto la acción de impugnación *ex* artículo 136 (otra vez) con fundamento en: a) el artículo 8 LTRHA, del que se deduce que, prestado el consentimiento posterior al nacimiento, es impugnabile; b) el interés del menor, concretado en no tener como madre a quien no quiere serlo, y c) la discriminación en que podría incurrirse de otro modo, ya que si la demandante fuera marido, se admitiría la impugnación de su reconocimiento de complacencia, al que reconduce la declaración prevista en el artículo 7.3 LTRHA. Increíble de todo punto. Pues bien, esta asombrosa sentencia es firme, porque hallándose ambas mujeres de acuerdo en la impugnación de la filiación, el Ministerio Fiscal no ha interpuesto recurso alguno.

Creo que resultan patentes las injustificadas analogías entre la filiación biológica y la nacida de técnicas de reproducción asistida a que están dando lugar las lagunas supuestas y reales de la regulación actual. Que aconsejan, además de lo expuesto, la separación

³⁹ Comenta esta sentencia MÚRTULA LAFUENTE, quien considera que dicha acción impugnatoria es un claro caso de abuso del derecho: *vid. Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 3447.

de ambas filiaciones, para conseguir su tratamiento conforme a sus respectivas características.

V. LOS EFECTOS DE LA LEY TRANS SOBRE EL SISTEMA ACTUAL DE FILIACIÓN

1. MARCO GENERAL

Cabe preguntarse ahora si la reforma llevada a cabo en materia de filiación por la Ley Trans ha venido a alterar cuanto ha quedado expuesto.

Para poner esa cuestión en contexto, ha de recordarse que dicha Ley regula el cambio de la mención registral del sexo por la sola voluntad de la persona interesada, a ejercitar en un expediente del Registro Civil donde no cabe exigir ni dictamen médico, psicológico o psiquiátrico sobre la disconformidad manifestada; ni alteración previa de la morfología o función sexual por tratamientos hormonales o quirúrgicos; ni se prevé como requisito legal la acreditación de la irreversibilidad o estabilidad de dicha disconformidad. La resolución judicial con que termina el expediente registral, que en caso de referirse a menores de edad sí habrá de tener en cuenta su interés superior, producirá efectos constitutivos desde su inscripción, permitiendo en el futuro a la persona ejercitar los derechos inherentes a su nueva condición (art. 46.1 y 2 LT), además de conservar los surgidos de situaciones jurídicas nacidas al amparo del sexo registral de nacimiento (art. 46.5 LT).

En materia de filiación, dicha Ley ha modificado un buen número de artículos del Código civil y el atormentado artículo 44 LRC. Conforme a la *voluntas legislatoris* manifestada en su exposición de motivos, el contenido de tales modificaciones legales es doble: terminológico, en cuanto introduce en el ordenamiento los nuevos términos «progenitor gestante» y «progenitor no gestante», que se unen por la conjunción disyuntiva «o» a madre y padre, respectivamente; y sustantivo, al alterar la determinación de la filiación no matrimonial para permitir la extrajudicialmente entre parejas homo-sexuales no casadas, tanto femeninas como masculinas, lo cual hasta el momento, según ha quedado expuesto, no era posible⁴⁰.

⁴⁰ Efectivamente, la exposición de motivos de la Ley señala que la reforma del Código civil responde «a la implementación del lenguaje inclusivo», si bien, «lejos de consistir en una modificación meramente formal, la sustitución del término «padre» en el artículo 120.1.º por la expresión «padre o progenitor no gestante» supone la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un

Ciertamente, y además de otras modificaciones terminológicas a que no me referiré aquí en aras de la brevedad⁴¹, no es una novedad irrelevante para el Derecho de filiación haber introducido los novísimos términos «progenitor no gestante» y «progenitor gestante», que se presentan como alternativa en concurrencia con los de «padre» y «madre», respectivamente, en los artículos 120.1 y 5, 124.II, 137.1 y 2 y 139 CC (en este último: «progenitor *que conste como gestante*»). En cambio, el artículo 44 LRC emplea diferente terminología, para equiparar al padre con la madre no gestante (art. 44.4 y 6 LRC), y a la madre con la persona trans gestante (art. 44.6 LRC)⁴². De modo que, para esta Ley, la maternidad puede comportar gestación o no, mientras que el Código civil elude tal condición para considerar que la gestación identifica a la madre o al «progenitor gestante». Dejo esta observación terminológica meramente apuntada, me referiré más adelante a sus posibles consecuencias.

2. DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD NO MATRIMONIAL

Para posibilitar la determinación extrajudicial de la doble maternidad entre mujeres no casadas, el artículo 120.1.º CC refiere ahora la declaración conforme en el formulario oficial del Registro Civil, que ha de hacerse en el momento de la inscripción del nacimiento, al padre o progenitor no gestante. Lo cual, registralmente,

hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales, en coherencia con las modificaciones operadas sobre la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, por la disposición final undécima». Y en relación a esta última Ley, la exposición de motivos de la LT observa que la modificación de su artículo 44 se dirige a «permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial».

⁴¹ Remito al lector interesado a lo que he expuesto en BARBER CÁRCAMO, *blog CESCO*, de 29 de marzo de 2023, disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/De_la_doble_filiacion_materna_a_la_filiacion_sin_madre.pdf.

⁴² Además, el legislador opta por introducir en esta Ley una DA 10.ª, que resuelve la diferencia con una asimilación general: «En las parejas del mismo sexo registral, las referencias hechas a la madre se entenderán hechas a la madre o progenitor gestante y las referencias hechas al padre se entenderán referidas al padre o progenitor no gestante» (DF 11.ª Siete LT). Técnica legislativa que se emplea por la Ley Trans en el nuevo artículo 958 bis CC, que extiende al «cónyuge supérstite gestante» las referencias legales a la viuda, y en otras normas. Así, en el artículo 48.4 ET (DF 14.ª LT) se introduce un nuevo párrafo que dice: «A los efectos de lo dispuesto en este apartado (suspensión del contrato de trabajo por nacimiento), el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes». Y la DF 16.ª Dos LT da nueva redacción al artículo 48 e) del Estatuto del Empleado Público, para comprender como funcionarias embarazadas a las personas trans gestantes, y al artículo 49 a), para incluir en el término madre biológica a las personas trans gestantes.

encuentra concordancia con lo dispuesto en el artículo 44.4.III.b) LRC, que dispone que la filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar cuando manifieste su conformidad, no contrarié presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia, especificando que «Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia», lo cual reconduce a los controles establecidos para el reconocimiento, y especialmente a lo dispuesto en el artículo 124 CC.

Además de esta declaración en el momento de la inscripción, se admite también como título de determinación de la doble maternidad el reconocimiento ulterior, aunque el artículo 120.2 CC no haya sufrido modificación que lo exprese, porque así resulta de la nueva redacción del artículo 124. II CC, que prevé ahora la suspensión de la eficacia del reconocimiento de menor de edad hecho por el *padre o progenitor no gestante* en testamento o dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, a instancia de la madre o progenitor gestante. Y aún con mayor claridad, el artículo 44.6 LRC exige el consentimiento expreso de *la madre o persona trans gestante* para la eficacia del reconocimiento del hijo menor de edad. Por consiguiente, se aplica el régimen del reconocimiento y sus límites de eficacia a la determinación de la segunda maternidad no matrimonial, lo cual es otra importante novedad, que nunca ha regido para el título contemplado en el artículo 7.3 LTRHA, como repetidamente se ha observado a lo largo de este trabajo, por no tratarse de un reconocimiento.

3. DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD MATRIMONIAL

Si la regulación de la doble maternidad no matrimonial en sus aspectos sustantivo y registral se presenta al menos coordinada formalmente, no puede decirse lo mismo de la doble maternidad matrimonial. Porque la Ley Trans también ha modificado la *constancia registral* de la doble maternidad *matrimonial*, dado que el artículo 44.4.III.a) LRC contempla que se hará constar la «filiación de la madre no gestante» en el momento de la inscripción de nacimiento del hijo, cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y estuviera casada con otra mujer, si consta el consentimiento de ambas cónyuges, aun mediando sepa-

ración legal o de hecho⁴³. Y la interpretación de este precepto genera dudas: sustituye al derogado artículo 44.5 LRC⁴⁴, que como se ha mencionado concordaba con el artículo 7.3 LTRHA, pero es importante resaltar que éste no ha sido derogado. Puede que, erróneamente, el legislador haya considerado tal derogación producida por la de la Ley 3/2007, de rectificación registral de sexo (DD única LT). Pero no es así, de manera que el artículo 7.3 LTRHA sigue en vigor, recogiendo un título de determinación de la doble maternidad matrimonial en clara colisión con la LRC, ya que aquél nada prevé sobre el consentimiento de la madre a la declaración de maternidad de su esposa, y sigue exigiendo que no medie separación legal ni de hecho para su práctica. Sin lugar a dudas, su interpretación coordinada con el nuevo artículo 44.4.III.a) LRC será el siguiente capítulo de su atribulada historia.

Otro dato interesante a considerar radica en que el precepto registral persiste en no contener referencia alguna al empleo o no de técnicas de reproducción asistida, lo cual seguramente será empleado por la ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública para mantenerse en su desacertada doctrina ya señalada⁴⁵. Ahora bien, adviértase que es posible en un matrimonio de personas con sexo femenino registral procrear un hijo sin necesidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida. Y también en uno entre hombres «registrales». Lo cual ofrece un nuevo e importante argumento para defender la necesidad de la constancia registral del empleo o no de tales técnicas, dadas las implicaciones ulteriores.

A mi entender, sigue siendo incuestionable la naturaleza *registral* del artículo 44 LRC, del que no cabe deducir un título de determinación de la filiación distinto o independiente de los contemplados en las normas sustantivas. Según enuncia dicho artículo en su párrafo 4, tras su redacción por la Ley 19/2015: «La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de con-

⁴³ Artículo 44.4.III.a) LRC: «La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho».

⁴⁴ El artículo 44.5 LRC derogado decía: «También constará como matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

⁴⁵ Me refiero a la doctrina vigente desde la RDGR de 8 de febrero de 2017 (RJ 2018/4768), que a partir de la consideración del artículo 44 LRC como norma sustantiva independiente, ha posibilitado la inscripción de la doble maternidad sin necesidad de constancia de haberse empleado técnicas de reproducción asistida.

formidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida». Lo cual conduce a la necesidad de identificar el tipo de generación de la filiación, porque resulta determinante para la procedencia del correspondiente título, así como para su régimen de impugnación⁴⁶.

4. INCIDENCIA GENERAL SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA DOBLE MATERNIDAD

Más allá de esta nueva discordancia, es el momento de plantearse la incidencia de esta reforma sobre la expuesta variada problemática de la doble maternidad: ¿son suficientes estos cambios legales para entenderla superada y resuelta?

Desde luego, no cabe ya duda sobre su posible determinación extrajudicial, tanto mediante el formulario del Registro Civil, que no deja de ser una suerte de reconocimiento, como a través del propio reconocimiento formal de filiación, sometidos ambos a los controles de eficacia que la doctrina había tachado de incoherente no exigir en este supuesto, sobre todo el consentimiento de la madre. Ahora bien, ha de advertirse que aplicar este título de determinación a la doble maternidad conduce a la alteración de su concepto: de ser el reconocimiento un título cuyo presupuesto es la veracidad, pasa a basarse (en este supuesto) exclusivamente en la voluntad de ser tenida legalmente como madre, con independencia de la relación biológica, y por tanto es una declaración de voluntad de haber el hijo como propio. Lo cual no es baladí, y afecta de forma fundamental a su régimen de impugnación. Como he sostenido en otro lugar⁴⁷, y contra la opinión mayoritariamente crítica de la doctrina⁴⁸, la legitimación que el Tribunal Supremo confiere a quien realizó un reconocimiento de complacencia para impugnarlo después mediante la acción de impugnación *stricto sensu*, basada en la verdad biológica, puede explicarse como una defensa del sistema frente a la voluntad como fuente de determinación de la filiación. Que, obviamente, no cabe en este supuesto de «reconocimiento», donde de raíz se elude toda relación con la verdad biológica.

⁴⁶ Y en este sentido se ha manifestado la doctrina, mayoritariamente crítica con la interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado: *vid.* QUICIOS MOLINA, 2021, p. 296, y DÍAZ MARTÍNEZ, 2021, p. 191.

⁴⁷ *Vid.* BARBER CÁRCAMO, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2016, pp. 1870-1875.

⁴⁸ Por todos, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2018, pp. 347-361.

Por otra parte: ¿tiene entidad esta reforma para afectar al régimen de las acciones de filiación? Esto es: si la esposa o compañera de la madre no realiza ni la declaración en plazo ni el reconocimiento ulterior, o no hay voluntad concorde de ambas en cuanto a la maternidad conjunta; ¿es exigible su determinación judicial, como pretensión de una acción de reclamación? No hay rastro en precepto alguno que contemple tales declaraciones como obligatorias, ni la de la madre que asiente ni la de su compañera o esposa. Así que, como antes de esta reforma, el debate seguirá ubicado en la procedencia o no de la aplicación del régimen de acciones del Código civil, construido sobre la revelación de la verdad biológica, y su expuesta forzada interpretación.

A mi entender, sigue sin haber razones legales para defender tal aplicación. Mi respuesta sería otra si, efectivamente, la reforma hubiera contemplado la voluntad común a la procreación como título de determinación de la filiación. Entonces, si no se hubieran practicado los actos tendentes al reflejo registral de la correspondiente filiación conjunta, sí cabría la acción. Que no sería una acción de filiación *stricto sensu*, sino meramente declarativa de la existencia de un título apto para la consiguiente determinación de la filiación.

5. ¿SUPERACIÓN DE LA MATERNIDAD Y DE LA PATERNIDAD?

Como dejé apuntado al inicio de este epígrafe, las novedades terminológicas introducidas por esta reforma plantean su afeción sobre conceptos jurídicos, sociales y personales tan asentados como son el de maternidad y paternidad. Me refiero a que la expuesta equiparación entre padre o progenitor no gestante, y madre o progenitor gestante, plantea si lo determinado es, en el primer caso, una filiación paterna, y una materna en el segundo, o no, y resulta entonces que el legislador ha optado por la indeterminación. No resulta sencillo responder a esta cuestión.

Como ya he dicho, para la LRC la maternidad puede comportar gestación o no, según muestra el artículo 44.4.III LRC, ya que donde antes decía «filiación paterna», ahora dice «filiación del padre o de la madre no gestante», lo cual parece apuntar a la asunción legal de esa doble maternidad a la que doctrina y jurisprudencia ya lleva tiempo refiriéndose. Además, el artículo 44.4.II LRC sigue exigiendo la constancia necesaria, en toda inscripción de nacimiento, de la filiación *materna*, salvo en los casos del artículo 48 LRC. De manera que el parto, también del «progenitor ges-

tante» al que se refiere el artículo 120.5 CC, sigue determinando la *maternidad*. Y, por consiguiente, si la madre gestante (hombre trans) está casada con un hombre, cabe preguntarse si la filiación de este padre puede determinarse a través de la presunción de paternidad (que identifica como padre al *marido*), o ha de recurrirse al consentimiento de ambos cónyuges (art. 44.4.III.a) LRC)⁴⁹. Con sinceridad, me gustaría creer que el legislador ha pensado en las posibles consecuencias de las modificaciones emprendidas.

Es oportuno recordar aquí que, para las parejas del mismo sexo (cabría ahora especificar: «registral»), la Orden JUS/644/2006, de 6 de marzo, sobre aclaración de la Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia⁵⁰, dispone que en las inscripciones de nacimiento, constará la denominación «progenitor/a A y B». Supongo que habrá de adaptarse recogiendo ahora la condición de gestante o no gestante para tales progenitores. Aunque, en realidad, esta previsión registral sigue sin ser suficiente para resolver el problema de partida, que es si lo determinado es una filiación paterna o materna. Porque, limitando el análisis al régimen de la filiación, es diferente tanto su determinación (extrajudicial y judicial), como su impugnación. Por no hablar de consideraciones filosóficas, sociales, personales o asistenciales..., que las hay, y muy relevantes.

En fin, como ya he dicho en otro lugar, ni siquiera la indudable complejidad técnica del Derecho de filiación puede justificar que el legislador haya sido tan miope como para entender que sus cambios se reducen a la recepción del lenguaje inclusivo y a la ampliación de la determinación de la doble maternidad. Resulta oportuno mencionar que tanto el Consejo General del Poder Judicial⁵¹ como el Consejo de Estado señalaron en sus respectivos y acuciados dictámenes⁵² que las reformas terminológicas incidían necesariamente en el concepto, recomendando el segundo suprimir el término «progenitor gestante», por reducir la maternidad al hecho para-

⁴⁹ QUICIOS MOLINA se manifiesta favorable a la aplicación en este caso de la presunción de paternidad: 2021, p. 292.

⁵⁰ Esta Orden hubo de rectificarse (o aclararse) porque no preveía que dicha denominación se limitara a las parejas del mismo sexo, lo cual produjo un firme rechazo social.

⁵¹ Se solicitó informe al CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley el 17 de diciembre de 2021, instando su emisión urgente en el plazo improrrogable de quince días. Puede consultarse en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-para-la-igualdad-real-y-efectiva-de-las-personas-trans-y-para-la-garantia-de-los-derechos-de-las-personas-LGTBI>

⁵² Se solicitó dictamen al Consejo de Estado el 3 de junio de 2022, instando su emisión no más tarde del 24 de junio. Puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2022-901>.

mente biológico de la gestación, contra su naturaleza y consiguiendo protección constitucional⁵³.

Así pues, yendo mucho más allá de lo declarado en la exposición de motivos, la Ley Trans sacude aún más nuestro ya muy tensionado sistema de filiación, al poner en cuestión de la manera expuesta los conceptos de padre y madre, y, de paso, la condición de mujer. Esto último, por equiparar la complejidad y riqueza de la palabra *madre* con el reduccionismo del término *progenitor gestante*, que puede ser un hombre registral. Y por dejar en la indefinición si lo determinado es una filiación paterna o materna, lo cual siempre ha estado meridianamente claro, pero ya no. De manera que la Ley Trans deja sin resolver una cuestión muy relevante que en otros países de nuestro entorno ya se ha planteado, llegando incluso a la Corte de Estrasburgo, que se ha manifestado al respecto en dos recientes e interesantes sentencias, que dan cuenta de tales precedentes.

6. LA PARTICIPACIÓN EN LA GENERACIÓN COMO CRITERIO DECISOR EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Efectivamente, con idéntica fecha han recaído dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han abordado por primera vez si la constancia registral de la paternidad o maternidad de la persona transexual debe adecuarse al sexo registral o al bioló-

⁵³ Por su interés, transcribo las palabras textuales del dictamen del Consejo de Estado: «Las modificaciones que esta disposición introduce en el Código Civil son terminológicas, de modo que las referencias al padre y a la madre se sustituyen por las expresiones “progenitor no gestante” y “progenitor gestante”. Sin embargo, como ha destacado el Consejo General en su informe, estas modificaciones, además de terminológicas, son conceptuales, en la medida en que pretenden acomodar el lenguaje del Código Civil a la realidad de la filiación que resulta de personas del mismo sexo. (...) La expresión “progenitor no gestante” se introduce en sustitución del término “padre” con la finalidad de abarcar los supuestos en los que los progenitores no sean solo un hombre y una mujer sino dos mujeres. Desde esta perspectiva su uso no plantea problemas, por ejemplo, en el artículo 124 (relativo a la eficacia del reconocimiento del menor), aunque puede resultar más cuestionable en artículos como el 137, que tiene por objeto la impugnación de la paternidad (por lo demás, en el apartado 2 de este artículo se mantiene la referencia a la “paternidad biológica”). En cambio, parece al Consejo de Estado que la expresión “progenitor gestante” debiera reconsiderarse cuando se aplica a la madre porque aquí su uso no se acomoda exactamente a la realidad. De un lado, como han manifestado muchas asociaciones durante el expediente, es preciso reconocer que progenitor gestante será siempre la madre, con independencia de quién sea el otro progenitor –hombre o mujer– o incluso de que este sea desconocido (cabe traer aquí a colación la máxima paulina según la cual *mater semper certa est*). De otro, aunque es cierto que la nueva terminología se inserta únicamente en regulación sobre filiación, tampoco cabe desconocer que la maternidad es un concepto que trasciende el hecho puramente biológico de la gestación. De ahí que sea protegida por la Constitución Española, cuyo artículo 39 contiene una garantía institucional al obligar a los poderes públicos a asegurar “la protección integral (...) de las madres, cualquiera que sea su estado civil”».

gico, decidiendo la Corte que no es contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante: CEDH) la segunda opción. Las dos sentencias son paralelas, responden a sendas demandas presentadas contra Alemania, y afrontan la misma pretensión: la constancia en el Registro Civil de la condición familiar correspondiente al sexo registral y no a la intervención biológica en la procreación, en un caso como madre, y en el otro como padre, de los demandantes.

Así, en la STEDH 4 abril 2023 (A.H. y otros contra Alemania, TEDH 41)⁵⁴, la demandante es una mujer trans que, tras el cambio registral de sexo y antes del nacimiento de un bebé, reconoce notarialmente que es fruto de su propio esperma, con consentimiento de la madre. Tras el nacimiento, solicita constar en la inscripción del hijo como madre y con su nombre femenino. Por su parte, en la STEDH de 4 de abril de 2023 (O.H. y G.H. contra Alemania, TEDH 40)⁵⁵, el demandante es un hombre trans que, tras haber dado a luz un niño fruto de un donante de esperma, pretende constar en la inscripción de nacimiento como padre y con su nombre masculino, dejando vacía la referencia a la madre.

En ambos casos, las sucesivas instancias judiciales deniegan, conforme a la legislación alemana (y en concreto al art. 1591 BGB, que recoge la determinación de la maternidad por el parto, y al art. 1592 BGB, que contempla el reconocimiento como un título de determinación de la paternidad), las pretensiones de los demandantes, procediendo a inscribir el hijo en el Registro Civil con la paternidad y la maternidad correspondiente a la intervención en su generación, según el sexo biológico inicial, y bajo el nombre identificativo de tal condición sexual. De manera que, en el primer caso, se hace constar a la demandante como padre y con su nombre anterior al cambio registral, y en el segundo, como madre y bajo su nombre femenino, con fundamento en que dicha condición pertenece a quien ha dado nacimiento al hijo y en que el Código civil alemán no admite el reconocimiento de la maternidad. En ambos casos la controversia llega a la Corte Federal, que se pronuncia respectivamente en sendas sentencias de 29 de noviembre de 2017 y 6 de septiembre de 2017, que declaran que la legislación alemana protege el derecho del hijo a un padre y una madre conforme a la verdad biológica, aun en contra de los cambios registrales, y que responda a la participación de cada progenitor en la concepción, lo cual no contraría los derechos fundamentales de quien cambió su sexo registral. La Corte observa que el estatuto jurídico de madre o

⁵⁴ Corresponde a la demanda núm. 7246/20.

⁵⁵ Corresponde a las demandas núm. 53568/18 y núm. 54741/18.

de padre se define biológica y respectivamente por el parto o por la fecundación, lo cual no es susceptible de modificación voluntaria. Posteriormente, y también en ambos casos, el Tribunal constitucional alemán inadmite el recurso planteado por los demandantes, quienes recurren ante la Corte de Estrasburgo alegando la vulneración del artículo 8 CEDH, en cuanto recoge el derecho a una vida privada, y del artículo 14 CEDH. Las sentencias desestiman la vulneración alegada con los siguientes fundamentos:

a) La falta de consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre el registro de la filiación de una persona transgénero posterior al cambio de sexo registral: aunque cinco de ellos admiten un reconocimiento conforme al nuevo sexo, la mayoría determina la maternidad por el nacimiento y admite la reclamación de paternidad de quien aportó su semen. Por consiguiente, considera que la parentalidad de una persona que ha cambiado de género «suscita delicados interrogantes de orden ético, y confirma que debe reconocerse a los Estados en principio un amplio margen de apreciación», que no escapa sin embargo al control del Tribunal Europeo (§§ 114 a 117).

b) La existencia de dos intereses privados contrapuestos, los de los demandantes a su vida privada, que incluye su identidad de género, y el del hijo a la estabilidad de la filiación, a su determinación coherente con la función biológica respectiva de los progenitores, y al conocimiento de sus orígenes, que comporta la referencia a su padre y a su madre, así como un interés público que radica en la coherencia del sistema legal y la exactitud y completitud de los asientos registrales (§ 122). Señala que el interés del hijo y el público coinciden en este caso (§ 125), y que el derecho del hijo a conocer sus orígenes, que los tribunales alemanes han priorizado para limitar el derecho a la identidad de género de su progenitor, también está protegido por la Convención, y «engloba señaladamente el derecho a establecer los detalles de su filiación» (§ 126).

c) La Corte de Estrasburgo valora también que los tribunales alemanes hayan enfatizado que la vinculación legal del niño a sus padres conforme a sus respectivas funciones procreativas permite su vinculación de manera estable e inmutable a una madre y un padre que no cambiarían, incluso en la hipótesis no sólo teórica de que el progenitor transgénero solicitara la nulidad de la decisión de cambio de género. Además, esta conexión se dirige también a impedir la gestación sustituta, prohibida en Alemania, prohibición que la Corte ha reconocido responder a un interés general legítimo (§ 127).

d) Dado que la constancia de la paternidad y la maternidad conforme a lo expuesto no impide que pueda obtenerse un certificado de nacimiento sin referencia alguna a los padres, de manera que sólo demostrando un interés legítimo se dará noticia en él de la condición transexual del padre o de la madre, el Tribunal de Estrasburgo considera que existe una correcta composición de los intereses privados y público en conflicto (§ 130).

e) En cuanto a la vulneración del artículo 14 CEDH, en ambos casos se considera mal fundada, pero se observa que, de cualquier manera, no cabe equiparar la situación de la persona que da a luz con quien aporta sus gametos, para reiterar que la respectiva constancia en el Registro de ambos hechos forma parte del margen de apreciación de los Estados (§ 143, en A.H. y otros contra Alemania, y § 141 en O.H. y G.H. contra Alemania).

Tiene interés destacar que ambas sentencias recogen supuestos semejantes planteados en otros países y resueltos en el mismo sentido (§§ 70 a 74), con argumentos parecidos. Así, se menciona la sentencia de 29 de abril de 2020 del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (caso *McConnell* contra Inglaterra y Gales), que decide el supuesto de un hombre trans que da a luz tras ser inseminado con semen de donante, y desea constar como padre o, al menos, como progenitor. Considera la sentencia que la Ley de Reino Unido de Reasignación de género de 2004 no ha modificado el concepto de madre del *Common Law*, asociado al hecho de sostener un embarazo y dar a luz un hijo, de manera que aunque el género registral sea masculino, su estado parental será el de madre, sin que ello comporte violación de los artículos 8 y 14 CEDH, porque dicha decisión se dirige a mantener un registro de nacimientos coherente y claro, así como a proteger otros bienes, entre ellos el del menor a conocer quién es su madre, hecho de importante relevancia jurídica porque sólo la madre ostenta la autoridad parental sobre el hijo desde el momento del nacimiento. Asimismo, la Corte de casación francesa, en sentencia de 16 de septiembre de 2020, deniega la pretensión de la mujer trans de constar como madre, además de por los argumentos ya mencionados, por valorar el interés del hijo nacido tras el cambio de sexo de su padre, en tener la misma filiación que sus hermanos nacidos (de idénticos progenitores, dado que la madre estaba casada con aquél) antes de dicho cambio.

En suma, de esta jurisprudencia resulta que la distinción entre la maternidad y la paternidad, su régimen jurídico diferenciado conforme a la participación biológica en la generación del hijo, y su constancia registral como tal, protege el interés privado del hijo en la determinación de su filiación conforme a la realidad, lo cual pro-

tege su derecho a la identidad y al conocimiento de sus orígenes, y concuerda con el interés público en mantener Registros claros, coherentes y encaminados a la protección de la seguridad jurídica.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Es un clamor unánime en la doctrina civil, al que se suma la jurisprudencia del Tribunal Supremo más reciente, la necesidad de emprender en España una reforma global del Derecho de filiación, que atienda de forma sistemática y coherente a los retos planteados por las nuevas realidades sociales y los avances científicos y tecnológicos. Por lo expuesto, esta reforma debería responder a las siguientes premisas:

1. Contemplar una regulación separada de la filiación por naturaleza y de la nacida de TRHA, para otorgar a ésta tratamiento específico y unitario. El papel que en la filiación por naturaleza cumple la realidad biológica debe asignarse a la voluntad de procrear (conjunta o individual), o de someterse a dichas técnicas, expresada antes del nacimiento del hijo. En cuanto filiación formal o desvinculada de la realidad, y por razones de seguridad jurídica, es razonable exigir forma pública para la relevancia civil de tal declaración, y desde luego no presumirla, que sería lo resultante de la introducción de una nueva presunción de maternidad. No veo motivo alguno para presumir una voluntad procreativa que necesariamente es personal y diferente a cualquier otro hecho o acto (la convivencia, el matrimonio, las relaciones sexuales entre la pareja). Esta regulación paralela de ambas filiaciones evitará la aplicación analógica entre sistemas distintos que ahora sufrimos, y que desdibuja a ambas.

2. Mantener los conceptos jurídicos clásicos con su significado y fundamentación, en aras de la coherencia y la previsibilidad del sistema. Es la manera de que conserven su utilidad y su sentido expedientes técnicos tan relevantes como la presunción de paternidad, la posesión de estado o el reconocimiento. Para ello, es imprescindible delimitar muy bien el ámbito de aplicación de la voluntad, para no desnaturalizar todo el sistema. La presunción de paternidad anuda a un hecho, el matrimonio entre dos personas de diferente sexo, una consecuencia también fáctica, que es la paternidad del marido, basada en la habitualidad, que puede destruirse demostrada su incerteza. No hay ámbito dejado a la voluntad, que encuentra manifestación por otros derroteros. En cuanto a la posesión de estado, representa un espejo de la realidad biológica, a la

que por tanto manifiesta: no es un medio de convertir en realidad la voluntad a partir de su reiteración. Y el reconocimiento, no origina *per se* y sin vínculo alguno con la verdad biológica la filiación, porque en cuanto la presupone, está sometido a control a través de las acciones de impugnación *stricto sensu*. Si se estima necesario y conveniente alterar estos conceptos técnicos, depurados a lo largo de los siglos y plenos de significación y efectos, debe partirse de una nueva concepción legal articulada de forma coordinada, y que no haga tambalearse todo el edificio por una generalizada asunción de la voluntad como pieza maestra del sistema.

3. Mantener la diferenciación jurídica entre paternidad y maternidad, y sus respectivos distintos medios de determinación e impugnación, por responder a una visión de la filiación acorde con la realidad, como no puede ser de otro modo en una institución cuyo sustrato le viene dado al Derecho⁵⁶. Por tanto, ha de reivindicarse la conservación legal de los términos padre y madre, no sólo por razones estadísticas, sino también antropológicas, sociales y jurídicas. El necesario reconocimiento de derechos a colectivos minoritarios no debe implicar desdibujamiento de realidades plenas de significado y aceptación social. De ahí que me parezcan más adecuadas, legislativamente, normas que prevean en general la aplicación del término *madre* a la *persona gestante* con independencia de su sexo registral.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022», *Diario La Ley*, núm. 10069, 16 mayo 2022, La Ley 5054/2022.
- BARBA, Vicenzo: «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», *Actualidad Civil*, núm. 1, enero 2022 (La Ley 315/2022).
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: *La filiación en España: una visión crítica*, Cizur Menor, 2013.
- «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *Derecho Privado y Constitución*, 2014, pp. 93-136.
- «El ajuste de las acciones de filiación: planteamiento y resultados», en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, 2017, pp. 463-535.

⁵⁶ En palabras inmejorables de RIVERO HERNÁNDEZ, las instituciones ligadas a la vida humana «deben ir muy ceñidas en su régimen jurídico a la realidad subyacente (atemporal, trascendente) que pretenden regular, realidad y dato prejurídico que el legislador no puede ignorar sin deformarla». Y así, frente al formalismo que preside la regulación de las instituciones creación del Derecho, «el realismo jurídico (coincidencia de la realidad extrajurídica y su expresión jurídica) debe informar las instituciones jurídicas del segundo tipo por mor de la vida real que las trasciende», 2021, pp. 798 ss.

- «La impugnación de la filiación determinada por un reconocimiento de complacencia», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 35, noviembre 2016, pp. 1870-1875. Versión online: http://www.registradores.org/wp-content/uploads/BoletinPDF/BOLETIN_35.pdf.
 - «Derecho transitorio de la Ley 11/1981, excepción al principio de cosa juzgada y plazo para la impugnación de la filiación no matrimonial (Comentario de la STS de 7 de septiembre de 2020 (461/2020))», en *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* (dir. Yzquierdo Tolsada, Mariano), vol. 12, 2020, Madrid, 2021, pp. 165-180 (disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2020-10)
 - «De la doble maternidad a la filiación sin madre: los progenitores de la Ley Trans», *blog CESCO*, 29 de marzo de 2023, disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/De_la_doble_filiacion_materna_a_la_filiacion_sin_madre.pdf
 - «Prevalencia del derecho a la tutela judicial efectiva sobre la eficacia de la cosa juzgada en los procesos de filiación. Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2022 (JUR 2022, 374941)», *CCJC*, núm. 112, 2023, pp. 143-164.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia», *Diario La Ley*, núm. 10182, 2 diciembre 2022 (La Ley 10933/2022).
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Reproducción asistida y acciones judiciales de filiación: una controvertida relación. Especial consideración de la doble maternidad, con o sin intervención de centros sanitarios autorizados», en BUSTOS MORENO, Yolanda, y MÚRTULA LAFUENTE, Virginia (coord.), *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2021, pp. 157- 195.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC*, 2015.1, pp. 5-61.
- «La gestación por sustitución de nuevo ante el TS: la STS 31 marzo 2022 como ejemplo de la encrucijada actual», *ADC*, 2022, III, pp. 1281-1314.
 - «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza», *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, pp. 29-54.
- FERRER RIBA, Josep: «Familias y pluriparentalidad en Derecho español», *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2018, pp. 163-177.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 30, 2021 (La Ley 7814/2021).
- LÓPEZ AZCONA, Aurora: «La determinación de la filiación en Derecho francés: ¿un sistema más flexible que el español?», *RGLJ*, 2021.1, pp. 21-68.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel: *La posesión de estado familiar*, Sevilla, 1971.
- «La posesión de estado familiar (Una fugaz revisita, cincuenta años después: “el ladrón en la casa vacía”», en *Familia y Derecho en la España del siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*, Madrid, 2021, pp. 803-823.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «Reconocimiento de complacencia. Comentario de la STS 15 de julio de 2016 (494/2016)», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, vol. 8.º (2016), Madrid, 2018, pp. 347-361.

- «Maternidad subrogada internacional: ¿un “cuento de la criada” global?», *Internacionalización del Derecho*, 2022.
- MASSIP, Jaques: *Le Nouveau Droit de la filiation*, Paris, 2006.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia: «El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante», en BUSTOS MORENO, Yolanda, y MÚRTULA LAFUENTE, Virginia (coord.), *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2021, pp. 319-372.
- «La determinación de la filiación *contra legem* del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 3424-4567.
- «A vueltas con la gestación por sustitución y la filiación de los menores nacidos por este procedimiento. Algunas reflexiones tras la STS 1.^a (Pleno), de 31 de marzo de 2022», *Derecho Privado y Constitución*, 2023, pp. 87-137.
- NANCLARES VALLE, Javier: «El interés superior del menor en la gestación por sustitución», *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, pp. 1-48.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales», *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, pp. 5-28.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., y HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar (dir.): *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, 2022.
- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona: *Problemas jurídicos actuales de la paternidad*, Barcelona, 2022.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de filiación», *Derecho Privado y Constitución*, 2015, pp. 263-303.
- «Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: estado de la cuestión», en BARBER CÁRCAMO, QUICIOS MOLINA y VERDERA SERVER (coord.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, 2018, pp. 185-228.
- «Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado... e interés superior del menor», en BUSTOS MORENO y MÚRTULA LAFUENTE, (coord.), *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2021, pp. 277-315.
- «Doble maternidad y acciones de filiación: conceptos de voluntad de ser madre, posesión de estado e interés del menor. Comentario a la STS de 27 de enero 2022», *CCJC*, 2022, pp. 141-168.
- «Las relaciones de filiación de personas LGTBI tras la Ley 4/2023», *Cuadernos de Derecho Privado*, 2023, pp. 2-7.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Una revolución jurídica silenciosa. ¿Filiación? ¿Qué es eso?», en *Familia y Derecho en la España del siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*, Madrid, 2021, pp. 781-802.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, junio 2015, pp. 301-338.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución», *InDret*, 4. 2020, pp. 116-146.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 4 de abril de 2023 (A.H. y otros contra Alemania) (TEDH 41).

STEDH de 4 de abril de 2023 (O.H. y G.H. contra Alemania) (TEDH 40).

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 138/2005, de 26 de mayo (RTC 138, ponente Rodríguez-Zapata Pérez).

STC 156/2005, de 9 de junio (RTC 156, ponente García-Calvo y Montiel).

STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 273, ponente Pérez Vera).

STC 52/2006, de 16 de febrero (RTC 52 ponente Gay Montalvo).

STC 82/2022, de 27 de junio (RTC 82, ponente Xiol Ríos).

3. TRIBUNAL SUPREMO

SSTS de 2 de marzo de 1994 (RJ 2387, ponente Bacigalupo Zapater).

STS de 16 de febrero de 1989 (RJ 969, ponente Latour Brotons).

SSTS de 12 de mayo de 2011 (RJ 3280, ponente Roca Trías) y SSTS de 5 de diciembre de 2013 (RJ 7640, ponente Seijas Quintana).

STS de 15 de enero de 2014 (RJ 1265, ponente Orduña Moreno).

STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 833, ponente Sarazá Jimena).

STS de 15 de julio de 2016 (RJ 3196, ponente Pantaleón Prieto).

STS de 9 de mayo de 2018 (RJ 1854, ponente Parra Lucán).

STS de 18 de julio de 2018 (RJ 2949, ponente Parra Lucán).

STS de 1 de marzo de 2019 (RJ 643, ponente Baena Ruiz).

STS de 8 de octubre de 2019 (RJ 4060, ponente Parra Lucán).

STS de 7 de septiembre de 2020 (RJ 3227, ponente Salas Carceller).

STS de 27 de enero de 2022 (RJ 576, ponente Parra Lucán).

STS de 31 de marzo de 2022 (RJ 1190, ponente Sarazá Jimena).

STS de 11 de julio de 2022 (RJ 3820, ponente Parra Lucán).

STS de 17 de noviembre de 2022 (RJ 5485, ponente Seoane Spiegelberg).

STS de 16 de mayo de 2023 (JUR 214585, ponente Parra Lucán).

4. AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Madrid de 30 de noviembre de 2018 (JUR 2019\15949).
SAP Granada de 3 de mayo de 2019 (JUR 2020\20463).
SAP Asturias de 12 de noviembre de 2019 (JUR 2020\32695).
SAP Málaga de 22 de enero de 2020 (AC 2021\109).
SAP Orense de 14 de febrero de 2020 (JUR 142270).
SAP Málaga de 24 de junio de 2020 (JUR 2021\55965).
SAP Madrid de 7 de julio de 2020 (JUR 333891).
SAP Albacete de 6 de octubre de 2020 (JUR 329305).
SAP Huelva de 14 de octubre de 2020 (JUR 365793).
SAP Huelva de 20 de octubre de 2020 (JUR 367248).
AAP Orense de 21 de octubre de 2020 (JUR 2021\25912).
SAP Cáceres de 25 de noviembre de 2020 (AC 2021\184).
SAP Madrid de 1 de diciembre de 2020 (JUR 2021\55934).
SAP A Coruña de 1 de febrero de 2021 (JUR 117973).
SAP Burgos de 10 de febrero de 2021 (JUR 133208).
SAP Barcelona de 6 de abril de 2021 (JUR 192738).
SAP Islas Baleares de 27 de abril de 2021 (JUR 163294).
SAP Castellón de 20 de mayo de 2021 (JUR 328195).
SAP Córdoba de 5 de julio de 2021 (JUR 347847).
SAP Madrid de 30 de diciembre de 2021 (JUR 2022\116794).
SAP Navarra de 7 de junio de 2022 (JUR 264041).
SAP Baleares de 9 de junio de 2022 (RJ 290025).
SAP Asturias de 22 de julio de 2022 (JUR 310288).
SAP Valencia de 25 de octubre de 2022 (JUR 374871).

De la Sagrada Familia de Murillo a la *Gay Family on Dinner* de Raphael Pérez: Nuevos modelos de familia en el ámbito jurídico¹

ESTHER TORRELLES TORREA
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Salamanca

RESUMEN

Los modelos de familia expuestos en este trabajo parten de la realidad social recogida en las estadísticas o reflejadas en el que fue el Proyecto de Ley de familias paralizado por las elecciones generales de 2023. Se abordan los modelos socialmente admitidos y muchos de ellos consolidados legalmente y los nuevos modelos que ya tiene un tímido reconocimiento legal o jurisprudencial en algunos países, como es el caso de las relaciones poliamorosas o la multiparentalidad. El trabajo pretende priorizar información al respecto sin aspirar a ser un estudio profundo de cada uno de los modelos.

PALABRAS CLAVES

Familia, familia monoparental, multiparentalidad, familias reconstituidas, relaciones poliamorosas, socioafectividad.

From Murillo's Holy Family to Raphael Perez's Gay Family on Dinner: The new family models in the legal sphere

ABSTRACT

The family models presented in this article are based on social reality as it appears from statistics or are reflected in the Family Law Bill which was

¹ Trabajo realizado en el marco de investigación del GIR «Persona y Consumo. Protección de colectivos vulnerables» de la Universidad de Salamanca cuyo investigador responsable es el Prof. José Antonio MARTÍN PÉREZ.

paralysed by the 2023 general elections. It deals with the socially accepted models, many of which are legally consolidated, and the new models that already have a timid recognition, be it legal or jurisprudential, in some countries; as is the case in polyamorous relationships or multi-parenthood. The article aims to prioritise information on the subject and does not seek to carry out an in-depth study of each of the models.

KEY WORDS

Family, family one parent family, multi-parent or multi-identity, reconstituted families or stepfamily, polyamory, Multiple-partner domestic partnership, socio-affectivity

SUMARIO: 1. Planteamiento de la materia.–2. Los intensos cambios del Derecho de familia.–3. La pluralización del concepto de familia.–4. Una cuestión estadística.–5. Algunos modelos de familias o relaciones de convivencia.–6. Los modelos que empiezan a asomar: formas colaborativas de paternidad o maternidad.–6.1 Las relaciones poliamorosas.–6.2 La multiparentalidad.–6.2.1 Canadá y EEUU. 6.2.2 Brasil.–6.2.3 Argentina.–6.2.4 Colombia.–6.2.5 Cuba.–6.2.6 Europa.–7. Relaciones en las que el género de los implicados ha cambiado.–8. Un apunte final.–Bibliografía.–Jurisprudencia.

1. PLANTEAMIENTO DE LA MATERIA

Si observamos las representaciones familiares en la pintura nos percatamos que son variadas y cambiantes. Durante muchos siglos la representación familiar por excelencia era la Sagrada Familia (las obras de Giotto, El Greco, Rafael o Murillo son fiel ejemplo de ello). En tiempos de monarquías poderosas y absolutas encontramos grandes obras que retratan al monarca y su amplia familia (la Familia de Felipe IV de Goya, es una buena muestra). En el siglo XIX el cambio es drástico, pues aparecen nuevas escenas con personajes comunes a la familia nuclear de corte burgués o proletaria (Manet, Monet, Renoir, Sorolla, etc). Ya en el siglo XX los estilos se diversifican y se muestran representaciones peculiares en obras de Picasso, Frida Kahlo, etc., hasta que en la actualidad ya vemos representadas familias homosexuales como en las obras de Raphael Pérez.

La evolución en el ámbito jurídico ha sido similar. El cambio de los valores y actitudes de la sociedad han allanado el camino para la modernización de la institución familiar. Se han generado unos roles de género más igualitarios y también una aceptación más

amplia de la diversidad de modelos familiares y el surgimiento de nuevos perfiles de parentesco².

Los textos internacionales han recogido el derecho a la vida familiar. Así, el artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece el derecho de la familia a «la protección de la sociedad y del Estado»; el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 («toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar»); el artículo 16 de la Carta Social Europea señala que «la familia como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo»; los artículos 7 o 33.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantizan «la protección de la familia en todos los planos jurídico, económico y social»; o el artículo II.7 de la Constitución para Europa de 2003³.

La armonización del Derecho europeo también se ha dirigido al Derecho de familia destacando los «Principios de derecho europeo de familia» de la Commission on European Family Law⁴, aunque su elaboración no ha sido un tema pacífico⁵. Su impacto ha sido limitado pues sus principios no vinculan a los estados miembros.

Actualmente, el modelo clásico basado en el matrimonio con hijos no es, desde luego, el único modelo de familia existente⁶. Aparecen nuevas estructuras de relaciones de convivencia situadas

² OECD, 2022, p. 16.

³ Los dos últimos textos citados tienen idéntico contenido: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones». La UE ha realizado su propia contribución al Derecho de familia, ya sea de forma indirecta a través de Directivas, recomendaciones o del TJUE.

⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, *ADC*, 2005, p. 1307: «La Commission on European family law se crea en septiembre de 2001 con el objetivo de contribuir a la armonización del Derecho de familia y sucesiones en Europa mediante la formulación de unos Principios de Derecho de familia europeos. Se trata de una iniciativa genuinamente científica e independiente de cualquier organización e institución. La Commission tiene su sede en Utrecht y sus trabajos se difunden a través de Internet (<http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>). Cuenta asimismo con una colección (European family law series) de la Editorial belga Intersentia».

⁵ Como advierte RIBOT IGUALADA, *InDret*, 1/2017, pp. 5 y 7, los que no están de acuerdo con la armonización del Derecho de familia alegan su vinculación a la identidad nacional y tradicional de cada cultura muy diferente en cada una de ellas. En cambio, quienes lo defienden se amparan en la globalización actual y la similitud de los cambios sociales entre culturas, especialmente desde la segunda guerra mundial. Pero como señala acertadamente el autor «el dret de família comparat no té com a finalitat principal fer possible la seva harmonització, o fins i tot la unificació regional o global. El dret de família comparat ha de ser sobretot un instrument per analitzar i explicar les raons per les quals els drets de família nacionals són diferents».

⁶ Cuando se habla de «nuevos modelos de familia», MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *T&D*, 2/2007, pp. 29 y 32, señala que nos percatamos de que la expresión transmite «casi inconscientemente la idea de formas o modelos familiares alternativos a otro modelo de familia muy habitualmente calificado como tradicional» (el modelo matrimonial).

en sociedades pluralistas, en las que se reconoce la igualdad de las personas y se prohíbe la discriminación, en las que se respeta la orientación sexual y la identidad de género, protegiendo, a su vez, el libre desarrollo de la personalidad de los miembros integrantes⁷. Desde una perspectiva tradicional de la familia, la pareja se amoldaba a una institución preexistente y con rasgos normativos indisponibles. En la actualidad es la propia institución la que debe amoldarse a las preferencias y a los arreglos privados de la pareja.

El objetivo de este trabajo es modesto y descriptivo, intentando ofrecer una panorámica general. Pretende priorizar la información existente sobre los modelos de familia; observar los cambios que se están ocasionando en la sociedad y que el Derecho debería tener presente. Poner orden a los distintos modelos de familia, algunos ya existentes y otros en camino, no ha resultado fácil. Hemos optado por tomar como punto de partida los datos que nos aportan las estadísticas y a partir de ahí, poder describir, a modo de cartografía jurídica, algunos de los modelos más relevantes.

2. LOS INTENSOS CAMBIOS DEL DERECHO DE FAMILIA

La evolución del Derecho de familia es intensa, fugaz y con cambios constantes. Se ha destacado incluso el estado *gaseoso* actual en que se encuentra el Derecho de familia, «si es que el Derecho de familia sigue existiendo con entidad propia» como se pregunta Álvarez González⁸.

La familia es una institución que surge y se desarrolla socialmente y cada sociedad histórica la concibe de forma diferente. Los modelos de familia se van incrementando con el paso del tiempo, y como señala Scherpe estos nuevos modelos de familia primero se toleran, luego se aceptan y finalmente se regulan⁹.

Desde un punto de vista tradicional, se ha distinguido desde hace tiempo la familia nuclear de la extensa o amplia. La nuclear

⁷ FERRER RIBA, *RDF*, 2018, p. 1. Añade el autor que «la naturaleza del matrimonio con estatus familiar ha cedido paso a una concepción contractual de este, en la que los cónyuges o futuros cónyuges no solo pueden pactar sobre los efectos de la disolución del vínculo en el momento en que esta se produce, otorgando un convenio regulador, sino que también pueden hacerlo anticipadamente en previsión de una eventual ruptura futura». Puede consultarse también FERRER RIBA, 2020, pp. 59-77.

⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *La Ley. Unión Europea*, 2022, p. 4. En la misma línea, VERDERA SERVER, 2021, p. 44. afirma que: «La noción (general) de familia ya no existe: ha sido aniquilada por la admisión de una pluralidad de situaciones y por la singularización de los criterios de aplicación de las normas jurídicas».

⁹ SCHERPE, 2016, p. 43. Aunque GARCÍA RUBIO, 2021 (b), p. 281, advierte que el orden establecido no es siempre así; en concreto la Ley 13/2005 sobre el matrimonio homosexual, tras su aprobación, incrementó la aceptación social de dichas relaciones.

supone su reducción a la comunidad entre padres e hijos. Se consolida a mediados del siglo XIX y aparece descrita a mediados del siglo XX por los sociólogos americanos¹⁰. Actualmente la proporción de familias nucleares de este corte ha disminuido; sin embargo, sigue siendo el modelo familiar predominante¹¹. Por su parte, la familia extensa incluye a los parientes consanguíneos y a los afines, incluyendo varias generaciones y varios grados.

En el Código civil de 1889 se contemplaba la familia tradicional según el prototipo de su época con el triunfo de la sociedad burguesa; básicamente, una familia fundada en el matrimonio de la pareja y sus hijos considerados legítimos, que coexistía con el modelo de familia amplia o consanguínea; en ambos casos estaba basada en el patriarcado y en la jerarquía entre sus miembros. El matrimonio, tanto el católico como el civil, era una institución indisoluble; el divorcio estaba prohibido, extinguiéndose el matrimonio únicamente por la muerte de los cónyuges; el jefe de familia era el marido, que tomaba las decisiones fundamentales para el conjunto de los miembros. Junto a él y de manera secundaria, existían reflejos del modelo de familia extensa, muy evidentes en el ámbito sucesorio.

Si exceptuamos el paréntesis que representó la II República, este modelo familiar único e indisoluble, comienza a decaer definitivamente con la Ley de 2 de mayo de 1975, de reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges¹². De una familia patriarcal y jerarquizada se trata de pasar a un modelo familiar nuclear, integrado fundamentalmente por la pareja (heterosexual) y sus hijos, y estructurado sobre una base de igualdad (igualdad entre los miembros de la pareja e igualdad entre los distintos tipos de filiación) y de diversificación de los roles familiares¹³.

¹⁰ ROCA TRÍAS, *T&D*, 2/2007, p. 52, «el modelo histórico de familia nuclear ha sustituido, con éxito el otro modelo histórico de las familias extensas».

¹¹ OECD, 2022, p. 16. Se añade en el informe que «En 2018, el 82,8 % de los hijos menores vivían con ambos padres o en una familia reconstituida (es decir, con dos adultos, ambos padres), el 15,6 % con un solo progenitor y el 1,5 % en otros tipos de circunstancias. Estos porcentajes son similares a las medias de la OCDE y la UE. En comparación con el 2004, la proporción de hijos menores que viven con padres casados disminuyó en siete puntos porcentuales; mientras la proporción que vive con sus padres convivientes o con un solo progenitor aumentó en cuatro y siete puntos porcentuales respectivamente. Mientras que uno de cada diez niños y niñas menores de seis años vive con un solo progenitor –la mayoría absoluta de los cuales lo hace con la madre– la cifra aumenta a más de uno de cada siete entre los seis y los 11 años, y a más de uno de cada cinco entre los 12 y los 17 años».

¹² Para una contextualización del tema GARCÍA RUBIO, 2021 (a), pp. 514 ss.

¹³ GARCÍA HERRERA, 2022, pp. 315 y 316.

La Constitución supuso un hito importante en el desarrollo del Derecho de familia¹⁴. La norma se proyectó, principalmente, sobre la familia nuclear y en menor medida sobre la familia amplia¹⁵. No define a la familia ni se inclina a favor de ningún modelo familiar concreto. Se limita a establecer una serie de principios rectores para su protección, permitiendo así su acomodo a los cambios que pueda experimentar. Su promulgación obligó a adaptar considerables instituciones a los nuevos principios constitucionales. Díez-Picazo participó en la preparación de los textos legales de reforma del Código civil en esta materia en 1981 y refleja muy bien, al describir su labor legislativa, lo mutante que es el Derecho de familia, pues ya nos advertía de que, con esas significativas reformas postconstitucionales relativas al Derecho de familia, «podía pensarse que disponíamos de un Derecho de familia acorde con los tiempos y que, con él, se podía continuar viviendo tranquilamente durante al menos medio siglo. Evidentemente no fue así. Toda una serie de problemas –de retos y de fronteras– explotaron inmediatamente entre las manos»¹⁶.

Los cuarenta años transcurridos desde las importantes reformas producidas en el Código civil por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, han visto la aparición de unas cuantas reformas en materia de adopción, divorcio, fecundación humana asistida, igualdad de mujeres y hombres, matrimonio entre personas del mismo sexo, derechos de los menores de edad y de las personas con discapacidad, que han seguido cambiando la cara al Derecho de familia.

Las familias de hoy en día ya no solo están basadas en el vínculo matrimonial y ya no solo están integradas por los progenitores y sus hijos comunes. El modelo de familia nuclear no es el único admitido y reconocido en las normas. Como se verá, la generalización del divorcio y el uso de técnicas de reproducción asistida propiciaron, de modo muy relevante, la proliferación de otros modelos familiares.

Curiosamente, al tiempo se observa la presencia o incluso la revitalización de la familia extensa o familia tradicional, derivada de la solidaridad intergeneracional. El ordenamiento jurídico piensa en esta familia cuando regula el derecho de alimentos, la capacidad e indignidad sucesoria, la sucesión intestada, los requisitos de impedimentos matrimoniales (art. 47 CC), las prohibiciones para adoptar, etc. El papel de este modelo de familia en las épocas de

¹⁴ Puede consultarse la monografía de VALPUESTA FERNÁNDEZ, 2012.

¹⁵ SALVADOR CODERCH, y ALASCIO CARRASCO, 2014, p.62.

¹⁶ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2016, p. 14. Las tres materias que *explotaron* al poco tiempo de las reformas fueron la transexualidad, la filiación por técnicas de reproducción asistida y las uniones de hecho.

crisis económica es significativo. Cada vez que la sociedad española atraviesa una crisis económica, la familia extensa resurge como una estructura de apoyo y «han sido precisamente los miembros de las generaciones más veteranas las que con sus pensiones y sus viviendas han sostenido en no pocos casos a los más jóvenes que se hallaban en una situación económica más precaria»¹⁷. Sin embargo, también cabe advertir que la solidaridad de la familia extendida y el apoyo intergeneracional están evolucionando hacia un modelo más electivo, con mayores expectativas puestas en los servicios públicos de cuidado y en las prestaciones económicas propias de un Estado social¹⁸.

En todo caso, el Derecho de familia está en constante movimiento y, desde el punto de vista jurídico, la familia se contempla, fundamentalmente, como un instrumento al servicio de sus integrantes para el desarrollo de su personalidad. Se ha apuntado incluso que «nada o casi nada de lo que tenemos sirve. Hay que repensarlo todo», añadiendo que la necesaria actualización del Derecho de familia requiere reinventar los cimientos (los propios principios rectores), la familia, el matrimonio y el resto de las situaciones de convivencia, los efectos de las crisis matrimoniales, etc., siendo preciso abordar estos cambios desde el prisma de los derechos de la persona¹⁹.

3. LA PLURALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Los cambios descritos en el apartado anterior, han generado que la expresión «Derecho de familia» haya pasado del singular al plural. En este sentido, como señalan Roca Trías o Caggia estamos ante un «pluralismo familiar»²⁰; García Rubio nos habla de «constelación de familias»²¹, o Malaurie y Fulchiron de «familias lego», pues cada uno la construye según sus conveniencias²².

Esta pluralización de las familias ya la observamos en la legislación y jurisprudencia. A nivel internacional, en el Comité de los Derechos del Niño, al examinar la noción de familia prevista en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en su Obser-

¹⁷ GARCÍA RUBIO, 2021 (b), p. 284, y 2018, pp. 495 ss.

¹⁸ OCDE, 2022, pp. 24 y 25.

¹⁹ SOLÉ RESINA, 2022, p. 266. Añade la autora que «Es necesario un cambio de paradigma para que el derecho de familia que viene sirva adecuadamente a todas las personas, a todas las familias. Para ello el “derecho de familia” debe dejar paso al “derecho a la vida familiar” (...) “derecho a la familia”».

²⁰ ROCA TRÍAS, *T&D*, 2/2007, p. 53; CAGGIA, *Riv. Dir. Civ.*, 2017, pp. 1572 ss.

²¹ GARCÍA RUBIO, 2021 (b), p. 279.

²² MALAURIE, FULCHIRON, *LDGJ*, 2016, p. 63.

vacación General núm. 7 de 2006, señala que «familia» aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño» (párrafo 15) y se añade que «El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, lo mismo que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, existiendo una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y los conciertos en relación con la crianza de los niños» (párrafo 19). Y en su Observación General núm. 14 de 2013, advierte que «El término familia debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local» (párrafo 59)²³.

En el ámbito legislativo interno, en Cataluña, el artículo 231-1 del Código civil de Cataluña (en adelante CCCat) se refiere a la «heterogeneidad del hecho familiar» y prohíbe discriminar las relaciones maritales y no maritales pero análogas, entre familias biparentales y monoparentales y reconstituidas²⁴.

La Ley 50 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo afirma que su ordenamiento ampara las relaciones familiares derivadas del matrimonio, de la unión en pareja, de la filiación y del grupo formado por un solo progenitor con su descendencia. Añadiendo que nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte²⁵.

Más recientemente, la Ley 7/2023 de 10 de marzo de Atención y protección a la infancia y adolescencia de Castilla-La Mancha, en su artículo 29.1, pone de manifiesto que la comunidad promoverá medidas de apoyo a las familias; medidas que «*se adaptarán a las diferentes realidades familiares*».

²³ Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8019.pdf>

²⁴ También encontramos una definición de familia en el artículo 1 de la Ley catalana 18/2003, de 4 de julio, de suport a les families: «La presente Ley tiene por objeto establecer las bases y medidas para una política de apoyo y protección a la familia, entendida como eje vertebrador de las relaciones humanas y jurídicas entre sus miembros y como ámbito de transferencias compensatorias intergeneracionales e intrageneracionales. Con este objetivo, determina los derechos y prestaciones destinados a apoyar a las familias».

²⁵ Las leyes 134 a 136 regulan las comunidades familiares.

No podemos olvidar el Proyecto de Ley de familias de 14 de abril de 2023²⁶ en el que se mencionaban diversos tipos de familias. Sin embargo, la convocatoria de elecciones generales de julio del 2023 supuso la paralización del mismo²⁷. Este proyecto advertía en su Exposición de motivos (II) que «las familias españolas han experimentado muchos cambios en su tamaño y en su composición»; el objeto de la norma, según su artículo 1, era «el pleno reconocimiento de la diversidad de modelos familiares que coexisten en nuestra sociedad». La finalidad del proyecto era regular las parejas y las unidades familiares con vínculos de parentesco. Sin embargo, al configurar los tipos de familia mezclaba muchos aspectos: número de integrantes, orientación sexual, elementos de extranjería, origen y tipos de filiación, etc.²⁸

²⁶ https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-151-1. PDF

²⁷ El Proyecto era una iniciativa ya calificada que se hallaba en tramitación en el momento de la disolución de la Cámara (el proyecto se aprobó el 28 marzo de 2023 y se publicó en el BOCG el 14 abril de 2023) y que ha caducado como consecuencia de ésta, según se indica en el BOCG de 16 de junio de 2023 (https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-637. PDF#page=44), p. 44. Sin embargo, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adaptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de ellos progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adaptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de ellos progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, incorporó algunos aspectos recogidos en del proyecto de ley de familias, como los permisos por cuidado de hijos/as y conviviente.

²⁸ El CGPJ alertó que los veinte tipos de familia que se contemplaban en el Anteproyecto de 28 de marzo de 2023 no encajaban en la Constitución y podían generar «dudas, inseguridad jurídica y desigualdad». Los veinte modelos que recoge el texto impulsado por el Ministerio de Derechos Sociales son: 1. familia biparental, 2. familia monomarental o monoparental, 3. familia joven (menores de 29 años y sus hijos), 4. familia LGTBI homomarental y homoparental, 5. familia con mayores necesidades de apoyo a la crianza (actuales familias numerosas), 6. familia en que exista una sola persona progenitora, 7. familia en que existan personas con discapacidad y/o en situación de dependencia, 8. familia múltiple (en las que existen nacimientos, adopciones o acogimientos múltiples), 9. familia en la que se produzcan adopciones o acogimientos, 10. familia reconstituida (con hijos de anteriores relaciones), 11. familia residente en el medio rural, 12. familia inmigrante, 13. familia transnacional, 14. familia intercultural, 15. familia en el exterior, 16. familia retornada, 17. familia en situación de vulnerabilidad, 18. personas solas, 19. personas unidas en matrimonio, 20. pareja de hecho. Disponible en: <https://archive.ph/x3xqb>.

En el Proyecto de Ley de familias se anunciaban los siguientes modelos: familia biparental; familia inmigrante; familias monoparentales o monomarentales; familia en el exterior; familia joven (formada por una persona con menos de 29 años y sus hijos o por una pareja menores de 29 años y sus hijos); familia en situación de vulnerabilidad; familia LGTBI; familia retornada (que ha vivido en otros países); familia con mayores necesidades de apoyo a la crianza; familia intercultural (por personas de diferentes etnias o culturas); familia múltiple (con nacimientos, adopciones o acogimientos múltiples); personas

En el ámbito jurisprudencial español, las SSTs de 12 de mayo de 2011²⁹ y 5 diciembre 2013³⁰ afirman que «el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales». Con anterioridad, la STC 116/1999 de 17 de junio ya puso de manifiesto la amplitud del concepto de familia al afirmar que el modelo de familia no se ciñe a la familia de origen matrimonial, sino que «existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural»³¹.

En Derecho comparado, uno de los más recientes textos relativos a la familia, el Código de las familias de Cuba de 27 septiembre 2022, expresa en su artículo 1 que dicho código se aplica «a todas las familias cualquiera que sea la forma de organización que adopten y las relaciones jurídico-familiares que de ellas se deriven entre sus miembros, y de estos con la sociedad y el Estado».

En Colombia ha habido un desarrollo interesante sobre el concepto de familia, particularmente en las últimas décadas. La definición de familia que está en el artículo 42 de la Constitución es bastante amplia y eso ha dado lugar a que la jurisprudencia, particularmente de la Corte Constitucional, la extienda más allá de los lazos biológicos, y que hoy la analice también con base en los vínculos socio-afectivos³².

solas; familia reconstituida (uno o los dos miembros de la pareja cuenta con hijos de anteriores relaciones); personas unidas en matrimonio; familia transnacional (un miembro está en el país de origen y el otro en el país de destino); pareja de hecho.

Como acertadamente señala SOLÉ RESINA, *La Ley Derecho de Familia*, 2023, pp. 4 y 5, «En relación a estas tipologías de familia, entendemos que si bien el origen nacional de las personas integrantes de la familia, su entorno étnico o cultural y su condición u orientación sexual, son factores que pueden aumentar la vulnerabilidad de la persona, no son datos que merezcan dar origen a tipos de familias singulares. (...) probablemente no es necesario distinguir tantos tipos de familia, porque no es preciso regular efectos legales distintos o específicos derivados de estas particularidades de alguno de sus miembros». Además, la autora resalta que el proyecto no tenía presentes otros modelos como pueden ser las relaciones convivenciales de ayuda mutua, el poliamor o la pluriparentalidad, por lo que concluye que «una norma como la que se analiza debería partir de la base de que no existe ni uno ni varios modelos o patrones de familia: la evolución de la sociedad requiere una regulación flexible que se adapte a las necesidades de la “sociedad líquida”».

²⁹ ECLI:ES:TS:2011:2676, ponente M.^a E. ROCA TRÍAS.

³⁰ ECLI:ES:TS:2013:5765, ponente J. A. SEIJAS QUINTANA.

³¹ Respecto al tema también se alude al mismo en la STC 222/1992, de 11 diciembre, sobre la cuestión de inconstitucionalidad 1797/1990, en relación con el artículo 58 LAU. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1993-1243.

³² La sentencia T-105/20 de 12 marzo 2020 declara: «el artículo 42 de la Constitución no protege un solo tipo de familia, sino que admite que dentro de la sociedad puedan coexistir varias clases, todas ellas reconocidas y protegidas por el ordenamiento jurídico» (en sentido similar Sentencia T-279/20 de 31 julio 2020, o Sentencia SC1171-2022 de 8 abril 2021). La Sentencia T-292/16 de 2 junio 2016 especifica que «Entre otras formas de composición familiar que se vislumbran en la sociedad actual se denotan las originadas en cabeza de una

El Tribunal europeo de Derechos Humanos también se ha referido a la diversidad familiar. En concreto en la STEDH 2010/43, caso Kozak contra Polonia de 2 de marzo de 2010, advierte que «El Estado, en la elección de los medios para proteger a la familia y asegurar, tal y como exige el artículo 8, el respeto de la vida familiar debe necesariamente tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en la percepción de la cuestiones sociales, relacionales y de estatus civil, incluido el hecho de que no existe solamente una manera o una opción en el ámbito de cómo una persona lleva o entiende su vida privada o familiar»³³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 agosto 2002, señaló que el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia, dado que no está reducido solo al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio³⁴. En el caso Kallen Átala Riffo vs. Chile de 24 febrero 2012, señala que «en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo «tradicional» de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio»³⁵.

pareja, surgida como fruto del matrimonio o de una unión marital de hecho, cuya diferencia radica en la formalización exigida por el matrimonio, ambas tienen iguales derechos y obligaciones, y pueden o no estar conformadas por descendientes. También existen las familias derivadas de la adopción, nacidas en un vínculo jurídico que permite “prohijar como hijo legítimo a quien no lo es por lazos de la sangre”; las familias de crianza, que surgen cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre [este] y los integrantes de dicha familia”; las familias monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos y las familias ensambladas.

Doctrinalmente AGUIRRE MESA, *RP*, 2021, pp. 122 y 123 afirma, que «Se hace necesario pasar de una concepción en singular de “la” familia, aun derecho de las familias plural e incluyente».

³³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya señaló en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar «no está reducid[o] únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio» (Keegan v. Ireland, de 26 mayo 1994, Series A no. 290, para. 44; o Kroon and Others v. The Netherlands, de 27 octubre 1994, Series A no. 297-C, para. 30).

³⁴ Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf> Marginal 69, pp. 55 y 56.

³⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de 24 febrero 2012, párrafo 142, Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/atarariffo.pdf>. Los hechos del presente caso inician en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. En enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En octubre

En cuanto al Tribunal de Justicia de la Unión europea, resulta de particular interés la Sentencia de 14 de diciembre de 2021, as. C-490/Pancherovo³⁶. Aunque no implica el reconocimiento del matrimonio homosexual o la homoparentalidad para toda la UE, se acerca al reconocimiento de la diversidad familiar, pues señala que «la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de “vida privada” y en el de “vida familiar” del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación», advirtiendo que «en el estado actual del Derecho de la Unión, el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio y a la filiación, es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho de la Unión no restringe. Los Estados miembros disponen de ese modo de la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo en su Derecho nacional, así como la parentalidad de estas. No obstante, cada Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia». Por tanto, la identidad nacional de cada Estado miembro no llega hasta el extremo de desconocer los derechos fundamentales de la Carta.

Tras lo expuesto son clarificadoras las palabras de Gete-Alonso y Solé Resina, según las cuales el punto de partida es «la diversidad, es decir, la ausencia legal de un único modelo familiar al que

de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva. En 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) concluyó que Chile vulneró los derechos de la jueza Karen Atala al quitarle la tuición de sus tres hijas debido a su orientación sexual. En el mismo sentido se expresa al poco tiempo la Sentencia de la Corte Interamericana Forneron e hijas vs. Argentina, de 27 abril 2012, párrafo 98, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

³⁶ El caso es el siguiente: dos mujeres, una de nacionalidad búlgara y otra británica, casadas en Gibraltar y residentes en España, figuran como «madre A» y «madre», respectivamente, en el certificado de nacimiento de una menor nacida también en España en 2019. El certificado fue expedido por las autoridades registrales españolas. En 2020, la mujer búlgara solicitó a sus autoridades nacionales la expedición un certificado de nacimiento de la niña, con el objeto de que le fuera proporcionado un documento de identidad búlgaro. A tales efectos presentó traducción al búlgaro, jurada y legalizada, del asiento del Registro Civil de Barcelona relativo al certificado de nacimiento. El resultado de la solicitud fue desestimatorio. El ordenamiento jurídico búlgaro no contempla ni el matrimonio entre personas del mismo sexo ni una filiación materna dual, aspectos ambos que considera contrarios a su orden público. En el fallo del TJ se afirma que las autoridades búlgaras estaban obligadas, por una parte, a expedir un documento de identidad o un pasaporte a la niña sin exigir la expedición previa de un certificado de nacimiento por sus autoridades nacionales y, por otra parte, a reconocer, al igual que cualquier otro Estado miembro, el documento procedente del Estado miembro de acogida (España) que permita al menor ejercer con cada una de esas dos personas (quienes figuran como madres en el documento español) su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

la norma debe considerar, porque toda situación, potencialmente se debe ser reconocida y considerada»³⁷.

4. UNA CUESTIÓN ESTADÍSTICA

Para determinar los modelos de familia, puede resultar útil el análisis de los tipos de hogares que se recogen en las estadísticas del INE. Según la *Encuesta continua de Hogares (ECH) del año 2020*, en cuanto a los hogares formados por parejas, la evolución de los tipos de hogar más frecuente en el año 2020 han sido los siguientes³⁸:

Evolución de los tipos de hogar más frecuentes.

	2020	%	2019	%	Variación absoluta	Variación relativa
Total	18.754.800	100,0	18.625.700	100,0	129.100	0,7
Hogar unipersonal	4.889.900	26,1	4.793.700	25,7	96.200	2,0
Pareja sin hijos que conviven en el hogar	3.913.800	20,9	3.937.200	21,1	-23.400	-0,6
Pareja con hijos que conviven en el hogar	6.208.100	33,1	6.219.000	33,4	-10.900	-0,2
- Con 1 hijo	2.889.200	15,4	2.916.800	15,7	-27.600	-0,9
- Con 2 hijos	2.756.700	14,7	2.751.800	14,8	4.900	0,2
- Con 3 o más hijos	562.200	3,0	550.400	3,0	11.800	2,1
Hogar monoparental (un adulto con hijos)	1.944.800	10,4	1.887.500	10,1	57.300	3,0
Hogar de un núcleo familiar con otras personas	800.100	4,3	806.400	4,3	-6.300	-0,8
Hogar con más de un núcleo familiar	430.500	2,3	423.600	2,3	6.900	1,6
Personas que no forman ningún núcleo familiar	567.600	3,0	558.200	3,0	9.400	1,7

Se constata que el número de hogares en España ha aumentado durante el año 2020. El tipo de hogar más frecuente en 2020 fue el formado por parejas, con o sin hijos, que supuso el 54% del total³⁹.

Atendiendo al número de hijos que viven con la pareja, en España había 3,91 millones de hogares formados por parejas sin hijos, 2,89 millones formados por parejas con un hijo y 2,76 millones por parejas con dos hijos. El número de parejas que vivían con tres o más hijos se situó en 562.200, con un incremento del 2,1% respecto a 2019.

Los hogares monoparentales en 2020 estaban mayoritariamente integrados por madre con hijos. En concreto había 1.582.100

³⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, y SOLÉ RESINA, 2021, p. 212.

³⁸ Fuente: Encuesta Continua de Hogares -ECH (INE). Disponible en: https://www.ine.es/prensa/ech_2020.pdf

También resulta interesante OECD, 2022, p. 10, donde ya se nos advierte que «en las últimas décadas, las familias españolas se han hecho más pequeñas y menos “tradicionales” en su composición (...). Si bien el derecho de familia ha evolucionado considerablemente junto con estos cambios sociales, la política familiar (...), ha sufrido algunos cambios, pero pocas reformas importantes».

³⁹ Los hogares más frecuentes en 2020 volvieron a ser los formados por dos personas (30,4%), después las unipersonales (26,1%). Este último tipo de hogar es el que más aumento en 2020. Las parejas casadas supusieron el 83,8% y las parejas de hecho el 16,2%, con un ligero aumento de estas últimas respecto a las primeras.

(el 81,4% del total), frente a 362.700 de padre con hijos. El número de hogares monoparentales aumentó un 3,0% respecto a 2019⁴⁰.

En cuanto a los hogares unipersonales en el año 2020 en España había 4.849.900 personas viviendo solas. De esta cifra un 43,6% tenían 65 o más años. Y, de ellas un 70,9% eran mujeres. Respecto a los hogares unipersonales de menores de 65 años, el 59,1% estaban formados por hombres y el 40,9% por mujeres. Comparando con los valores medios de 2019, el número de personas que viven solas se incrementó un 2,0% en 2020.

Esta es la realidad social en 2020, y sobre la misma se proyecta la realidad normativa. Como veremos, se considera familia la constituida por un matrimonio o una pareja estable con hijos o sin ellos, mayores o menores de edad, las originarias o reconstruidas, las monoparentales, las formadas por los descendientes mayores de edad con sus ascendientes. También se consideran núcleos familiares los integrados por personas que viven en hogares distintos pero muy cercanos (en el mismo rellano de un edificio, en viviendas unifamiliares contiguas o vecinos de un pueblo) siempre que se desarrollen relaciones interindividuales en cuanto a asistencia, compartir mesa con frecuencia, o hacer frente a las cargas familiares, etc.

No son familia los hogares unipersonales o los integrados por personas que no forman una familia u otro tipo de hogar. En este sentido, hay unidades residenciales en las que conviven diversas personas pero que no forman una familia. Son los denominados establecimientos colectivos: cárceles, comunidades religiosas, centros de personas con discapacidad, etc.⁴¹

En todo caso, la familia tradicional compuesta por una pareja casada, con o sin hijos, hoy es minoritaria respecto al número total de hogares existentes. Y si se tienen en cuenta los deberes y obligaciones familiares como la obligación de alimentos, un número considerable de familias vinculadas por dichas obligaciones viven, a menudo, en hogares diferentes⁴².

5. ALGUNOS MODELOS DE FAMILIAS O RELACIONES DE CONVIVENCIA

El surgimiento de nuevos modelos de familia ha generado que el Derecho de familia sea la parte del Derecho civil que ha experi-

⁴⁰ Todos estos datos están disponibles en: https://www.ine.es/prensa/ech_2020.pdf

⁴¹ ALONSO PÉREZ, 2011, p. 53, consideró a los colegios o internados «instituciones parafamiliares». Recomendable la lectura de esta obra para una perspectiva de la familia desde una connotación histórica.

⁴² SALVADOR CODERCH, y ALASCIO CARRASCO, 2014, pp. 58 y 59.

mentos más cambios en los últimos tiempos desafiando los conceptos tradicionales. Sin embargo, mientras que en el contexto familiar patrimonial se han desarrollado reformas legales orientadas a ampliar el alcance de la autonomía de la voluntad, en el contexto de las relaciones personales, no se ha experimentado un desarrollo del todo paralelo⁴³.

Desde una perspectiva estática actual podemos definir la familia como el «grupo social organizado, formado por diversas personas que están unidas entre sí ya por los vínculos del parentesco y/o a la vez por existir entre ellas una situación de convivencia institucionalizada y que es tomada en consideración por el ordenamiento jurídico a los efectos de establecer las reglas relativas a la subsistencia y a las relaciones personalísimas entre los miembros que la componen»⁴⁴.

Los modelos que hoy se consideran consolidados en el ordenamiento jurídico español son el modelo matrimonial heterosexual (muy anclado en nuestro Derecho de familia y con una pérdida de peso progresiva). Según el artículo 32 Constitución Española, el modelo de matrimonio regulado en España es el monógamo, lo que implica la prohibición de celebrar un matrimonio polígamo, aunque lo permita la ley personal de los contrayentes⁴⁵. También está consolidado el matrimonio entre dos personas del mismo sexo (el derecho al *ius connubii* ya no distingue según la orientación sexual), o las parejas de convivientes no casadas⁴⁶. Los dos últimos modelos son ampliamente aceptados por la sociedad a pesar de que la situación normativa de las parejas de hecho no está precisamente ordenada, sino más bien todo lo contrario. A continuación, se enumeran los modelos de familias o pseudofamilias más reconocido (aparte de los mencionados), tanto en nuestra sociedad como en nuestras normas jurídicas; somos, no obstante, conscientes de que se echaran de menos muchos otros modelos:

— Familia monoparental, unilineal o *one parent family*. Es la familia constituida por una mujer o un hombre solos con hijos a su

⁴³ FARNÓS AMORÓS, 2019, p. 253. Sin embargo, hay que reconocer que la autonomía de la voluntad también tiene importancia creciente en Derecho de familia, pensemos en los pactos prematrimoniales, el convenio regulador, pactos de pareja, negocios jurídicos en sobre régimen económico, etc. Sigue habiendo partes imperativas, pero otras no.

⁴⁴ GETE-ALONSO; YSÁS SOLANES, y SOLÉ RESINA, 2013, p. 20.

⁴⁵ Aunque es un tipo de matrimonio que solo puede celebrarse en el extranjero, cabe señalar que puede producir efectos jurídicos indirectos en España, como el reparto entre las viudas de la pensión de viudedad, una indemnización, etc.

⁴⁶ No nos detendremos en estos modelos ya consolidados y regulados con más o menos intensidad. Las Parejas de hecho están ampliamente reguladas en las CCAA, pero no a nivel estatal. Sin embargo, el Proyecto de ley de familias, las consideraba unidades familiares y les otorgaba un marco legislativo estatal en el capítulo 1, título II. Para un análisis más detallado, SOLÉ RESINA, *La Ley Derecho de Familia*, pp. 6 ss.

cargo. Es un modelo opuesto a la biparentalidad o pluriparentalidad (disponer de dos o más progenitores). Aunque hoy en día, científicamente, es imposible generar vida humana sin la concurrencia de al menos dos progenitores, jurídicamente sí se reconoce la monoparentalidad. Puede ser una familia monoparental por elección, es decir, por tratarse de una opción deseada por el padre o la madre quienes optan de forma individual por la adopción, por la maternidad biológica o por la maternidad o paternidad a través de técnicas de reproducción asistida o maternidad subrogada. Puede tratarse de una situación de monoparentalidad sobrevenida originada por el abandono o fallecimiento de uno de los progenitores⁴⁷. Solé Resina señala que «En la monoparentalidad sobrevenida, la filiación ha quedado determinada respecto los dos progenitores biológicos, aunque uno de ellos falte porque haya fallecido. Por el contrario, la monoparentalidad originaria supone que la persona nacida solamente tiene un progenitor desde el nacimiento, situación que contradice frontalmente el principio de la verdad biológica». A su vez subdivide esta última en monoparentalidad por padre desconocido (mujer no casada o sin pareja que tiene un hijo/a, o tiene pareja que no lo reconoce) y la monoparentalidad por padre anónimo (supuestos en que la mujer hace uso de técnicas de reproducción asistida con células de un donante anónimo)⁴⁸.

Esta modalidad de familias se ha regulado en algunas Comunidades Autónomas. Destacan, por su reciente promulgación, la Ley 1/2023, de 23 de febrero, por la que se regula el reconocimiento de la condición de familia monoparental en la Región de Murcia⁴⁹, la Ley 3/2023, de 7 de marzo, de familias monoparentales de

⁴⁷ SOLÉ RESINA, 2022, p. 271, se refiere a la monoparentalidad originaria, advirtiendo que «es siempre, solo y necesariamente femenina, de la mujer: ya porque el padre es desconocido (la madre no lo puede ser), ya porque es anónimo (tampoco lo puede ser la madre) (...). Una reforma del derecho de filiación que se rija por el mayor interés de la persona menor debe eliminar la monoparentalidad originaria, que hoy se encuentra normalizada en nuestro Derecho gracias a la tolerancia del desconocimiento de la paternidad en la filiación no matrimonial».

⁴⁸ Recomendable el estudio que realiza SOLÉ RESINA, *La Ley Derecho de Familia*, 2023, pp. 10-15.

⁴⁹ Artículo 3: 1. «A los efectos de esta ley, se consideran familias monoparentales o en condición de monoparentalidad las siguientes: a) Aquellas en las que los hijos o las hijas únicamente estén reconocidos legalmente por el padre o por la madre. b) Aquellas constituidas por una persona viuda o en situación equiparada, con hijos o hijas que dependan económicamente de ella, sin que a tal efecto se tenga en cuenta la percepción de pensiones de viudedad u orfandad. c) Aquellas formadas por una persona y su descendencia sobre la que tenga en exclusiva la patria potestad. d) Aquellas en las que el padre o la madre que tenga la guarda o custodia de los hijos o hijas no haya percibido la pensión por alimentos, establecida judicialmente o en convenio regulador, a favor de los hijos e hijas, durante tres meses, consecutivos o alternos, en el periodo de los doce meses anteriores a la presentación de la solicitud, y siempre que esa pensión se haya reclamado judicialmente por vía de ejecución civil o por vía penal de impago de pensiones. e) Aquellas en las que

La Rioja⁵⁰, el Decreto 19/2023, de 10 de marzo, por el que se regula el reconocimiento de la condición de familia monoparental en el Principado de Asturias, o la Ley Foral 5/2019, de 7 de febrero, para la acreditación de las familias monoparentales en Navarra.

El Proyecto de Ley de familias de 2023 también se refería al citado modelo. Así, en el artículo 33.1, recoge describe diversas modalidades: a) Familia formada por una sola persona progenitora y uno o más descendientes menores de edad sobre los que tenga la guarda y custodia, b) Familia formada por una sola persona que ostente la tutela exclusiva de uno o más menores de edad o que conviva con una o más personas menores de edad en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción, c) Familia formada por una sola persona con uno o más descendientes mayores de edad sobre los que tenga curatela representativa o medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad análogas.

— Las familias reconstituidas, reconstruidas, ensambladas, recompuestas o *stepfamily*⁵¹. Según un estudio de 2016 basado en el Censo español de 2011, entre las parejas heterosexuales que convivían con un hijo menor de 18 años, en el 7,4 % de los casos uno de los miembros no era progenitor del menor. En casi la mitad de las familias reconstituidas, no había hijos en común. España está en un puesto medio-bajo entre los países europeos en lo que respecta a la prevalencia de esta forma de familia⁵².

Estamos ante grupos familiares en los que uno o ambos miembros de la pareja conviviente, tienen, a su vez, uno o varios hijos de relaciones anteriores, y deciden unirse y constituir un nuevo grupo familiar, ya sea a través del matrimonio, la unión civil o la simple convivencia. En estos casos la reconstitución familiar implica una reconfiguración de los roles maternos y paternos, el establecimiento de nuevas relaciones de filiación o pseudo-filiación, la ampliación de las redes de parentesco (pensemos en los abuelos afines) y una mayor

una persona acoja a uno o varios menores, mediante la correspondiente resolución administrativa o judicial, por tiempo igual o superior a un año».

⁵⁰ El artículo 4.1 afirma que «Se consideran familias monoparentales aquellas en las que conviven una persona que tiene la consideración de única responsable de la unidad familiar y otras que, por filiación, adopción, tutela, acogimiento o delegación de guarda con fines de adopción, dependen económicamente de ella en exclusiva y cumplan los requisitos establecidos en la presente ley», equiparando a estas familias otras que enumera en el apartado segundo.

⁵¹ ALONSO PÉREZ, 2011, p. 132, prefiere llamarlas «yuxtaposición de familias unilinales»: «la familia reconstituida sería tal propiamente dicha cuando un cónyuge adopta los hijos del otro, en cuyo caso las dos *familias yuxtapuestas* forman una sola recreada tras la adopción».

⁵² OECD, 2022, p. 18. También, AJENJO-COSP, y GARCÍA-SALADRIGAS, *REIS*, 2016, p. 8.

complejidad de las relaciones familiares⁵³. Observamos que adquiere un nuevo enfoque la figura de los allegados (art. 160 CC).

Este tipo de relaciones son frecuentes en caso de personas que han quedado viudas y encuentran nueva pareja, o personas separadas y divorciadas. «Incorporar a la vida de los hijos a la nueva pareja e integrar a ambos en la convivencia familiar hace surgir lazos socioafectivos de gran trascendencia en el desarrollo y estabilidad de los menores, lo cual psicológica y socialmente no es desdeñable, y tampoco debería serlo jurídicamente»⁵⁴.

Socialmente estas relaciones están consolidadas, aunque a nivel legal no tienen suficiente y adecuada plasmación, a pesar de la considerable complejidad que presentan. Sin embargo, existen preceptos en el Código civil en las que las podemos ver reflejadas: artículos 68 o 1362.1 CC. En Cataluña sí se mencionan expresamente (art. 231.1 CCCat), y los artículos 236.14 y 236.15 CCCat prevén algunas normas específicas en las que se atribuyen ciertas funciones al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor. El Código Foral de Aragón, en su artículo 85 regula el ejercicio de la autoridad parental del padrastro y de la madrastra si concurren estos requisitos: si existe un vínculo matrimonial entre estos y el progenitor, si el cónyuge progenitor es el único titular y si el hijo no común convive con su progenitor y el cónyuge de este. La Ley 50.2 de la Ley Foral de Navarra señala que son miembros de familias reconstituidas «los hijos de cada progenitor que convivan en el mismo grupo familiar, sin que su pertenencia a ellas modifique el vínculo con el otro progenitor y con los efectos que el ordenamiento jurídico determine». El Proyecto de Ley de familias de 2023 también las reconocía⁵⁵.

En Derecho comparado, también se hallan presentes en algunos ordenamientos. Así, a título de ejemplo, en Argentina se regulan sus responsabilidades y se define al «progenitor afín» en los artículos 672 y 673 Código civil y Comercial Argentino⁵⁶. En Uruguay, el artículo 51 del Código de la Niñez y la adolescencia núm. 17.823 regula la obligación de alimentos de los padres afines. En Brasil la

⁵³ CASTRO MARTÍN, 2019, p. 44. GARCÍA RUBIO, 2022 (a), p. 211, al respecto señala que «un niño puede estar creciendo hasta con cuatro figuras parentales diferentes, normalmente porque a la que poseen con sus progenitores biológicos o adoptivos se puede sumar una relación de cuasi-parentalidad social con las parejas de estos», o en el mismo sentido en 2022 (b), p. 121 (en siguientes citas seguiremos la primera obra). Vid también, GETE-ALONSO Y CALERA, y SOLÉ RESINA, 2021, pp. 211 ss.

⁵⁴ DÍAZ PARDO, 2022, p. 262.

⁵⁵ Para un estudio más detallado de su reconocimiento en el Proyecto, SOLÉ RESINA, *La Ley Derecho de Familia*, 2023, pp. 9-10.

⁵⁶ Artículo 672: «Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente». Para más información, DÍAZ, *RDLSS*, 2015-20, p. 2141, o NOTRICA, y MELON, *La Ley Revista de Derecho de Familia*, 2015, p. 171.

Ley núm. 14382 de 2022 que reforma la Ley 6.015 de 1973 de Registros Públicos, en su artículo 57&8 afirma que «El hijastro o la hijastra, si hubiere causa justificada, podrá solicitar al oficial del registro civil la inscripción del apellido de su padrastro o madrastra en las actas de nacimiento y matrimonio, siempre que exista acuerdo expreso entre ellos, sin perjuicio de sus apellidos familiares»⁵⁷.

En este modelo familiar los hijos transitan entre las familias de sus progenitores, gravitan en la constelación familiar⁵⁸. Se trata de un modelo de familia que genera problemas específicos que debería resolver el legislador, tales como los relativos a las facultades y obligaciones de contenido personal y patrimonial de la pareja o cónyuge del progenitor custodio en relación a los hijos no comunes, los efectos de las crisis de las familias reconstituidas (entre otras, visitas o atribución de vivienda), cuestiones sucesorias, etc.⁵⁹.

— La otra cara de la moneda de las familias reconstituidas y que suponen otro modelo del que se duda su connotación familiar, son las relaciones entre dos personas del mismo o distinto sexo que no viven juntas pero que tienen relaciones afectivas que reconocen y que son reconocidas por el entorno. Son las denominadas LAT (*living apart together*⁶⁰; *vivir juntos pero separados*), cuyo origen se sitúa en los países anglosajones y actualmente se están consolidando en el mundo occidental. A principios de los años 2000, en países como el Reino Unido, Bélgica, Noruega, Suecia, Alemania y Países Bajos los LATS representaban un 10% de las relaciones adultas⁶¹. Implica a dos personas que tienen un cierto grado de

⁵⁷ La jurisprudencia Colombia se ha pronunciado sobre este tipo de familias y en la Sentencia T-292/16 de 2 junio 2016 señala que se entiende por familias ensambladas aquella «estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa. Este último tipo de composición familiar va en aumento por la gran cantidad de vínculos afectivos disueltos. Al respecto, la Corte en la Sentencia T-519 de 2015, resaltó que estas familias merecen toda la protección constitucional, pues, “cambiadas, asediadas, fracturadas y/o reconstruidas, las familias siguen siendo, y lo serán por mucho tiempo, los lugares donde se crían los humanos, donde se incorporan pautas de socialización y modos relacionales que luego son transferidos a los contextos sociales más amplios”».

⁵⁸ THÈRY, 2002, pp. 55 ss.

⁵⁹ SOLÉ RESINA, 2022, p. 268; o *La Ley Derecho de Familia*, 2023, p. 10.

Sobre las familias reconstituidas, entre otros, DÍAZ ALABART, *RDP*, 1992, pp. 839 ss.; VAQUER ALOY, y IBARZ LÓPEZ, *RDC*, 2017, pp. 211 ss.; CARRILLO LERMA, 2021; GETE-ALONSO Y CALERA, y SOLÉ RESINA, 2021, pp. 219 ss.; BARBA, *RDC*, 2022, pp. 157 ss.; ÁLVAREZ ESCUDERO, 2022, pp. 159-162; ECHEVARRÍA DE RADA, *RDC*, 2023, pp. 1 ss.

⁶⁰ El modelo *living together*, es distinto al *living together apart*. Este último modelo comprende al menos a dos adultos que mantenían anteriormente una relación de pareja y tras su ruptura continúan viviendo juntos por diversos motivos: económicos, no querer separarse de sus hijos, etc. (*Vid.* MARTIN, CHERLIN Y CROSS-BARNET, *P-E*, 2011, pp. 561 ss.).

⁶¹ LEVIN, *CS*, 2004, pp. 223 y 227, los requisitos para que puede hablarse de LAT son: que los miembros de la pareja estén de acuerdo en que son una pareja, las demás personas los deben ver como pareja, deben vivir en viviendas separadas.

compromiso, pues mantienen una relación seria y estable, pero que no comparten la misma vivienda, pudiendo incluso mantener otras relaciones familiares simultáneas (con sus hijos de otra relación o cuidando y conviviendo con sus progenitores mayores). Este tipo de relación se escoge para conservar un tiempo exclusivo para uno mismo y preservar la individualidad, o puede tratarse de personas divorciadas que eligen iniciar una nueva relación, pero priorizan la convivencia con sus hijos, o simplemente no quieren adaptarse a los hábitos del otro y encuentran en este modelo de pareja la manera de encajar las múltiples responsabilidades que han ido asumiendo con el paso de los años. Si la pareja comparte gastos y educación de los descendientes o ascendientes sí podría considerarse una familia, en caso contrario no.

En España, este fenómeno se ha incrementado como consecuencia del retraso en la emancipación familiar, la prolongación de los años de estudio y la dificultad de acceso al mercado de trabajo y a la vivienda, pero siguen siendo los divorciados, viudos y solteros los que más siguen este tipo de relaciones.

— Familia constituida por una pareja no conviviente (porque nunca lo ha sido o porque ha roto su matrimonio o su relación afectiva horizontal) y sus hijos comunes. Son familias entre la monoparentalidad y la familia reconstituida. En estos casos, aunque se ha roto la comunidad de vida que supone la convivencia, sigue existiendo entre sus miembros relaciones estrictamente familiares que derivan de la filiación, de la relación de cuidado, afecto, empatía, etc., que existe entre los adultos que en su día fueron parejas y que son además progenitores comunes de sus hijos. En este tipo de familias la custodia compartida ha ayudado a estrechar lazos⁶².

— La familia de acogida puede presentarse como otro de los modelos. En concreto estamos pensando en el acogimiento familiar permanente [art. 173 bis 2.c) CC], al suponer una integración plena del menor en la vida de la familia imponiendo a la familia acogedora las mismas obligaciones que las derivadas de los deberes inherentes de la patria potestad (art. 173.1 CC en comparación con el art. 154.1 CC).

Mención especial merece el acogimiento de las personas mayores. Cuando se ha regulado la figura autonómicamente no ha sido considerado como un modelo de familia. Si nos centramos en el ordenamiento catalán, observamos que el Libro segundo relativo a la persona y a la familia, excluye los contratos de trabajo por los que una persona de edad avanzada contrata una cuidadora para que se encargue de su cuidado y asistencia a cambio de un salario y

⁶² GARCÍA RUBIO, 2021 (b), p. 283.

también se excluyen los pactos de acogimiento por los que una persona, una pareja casada o unida de forma estable, o una familia monoparental se vincula, por razón de edad o de una discapacidad, a una persona o a una pareja casada o unida de manera estable, en condiciones análogas a las que hay en las relaciones de parentesco y a cambio de una contraprestación que puede consistir en bienes o dinero⁶³. Estos pactos de acogimiento no se han considerado generadores de un modelo de familia. En este sentido, el preámbulo de la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores, afirmaba que «es procedente establecer una regulación de las situaciones de convivencia entre personas que, *sin constituer una familia*, comparten una misma vivienda habitual, unidas por vínculos de parentesco lejano en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y con la voluntad de ayuda al más débil y de permanencia»⁶⁴ (la cursiva es nuestra).

Posteriormente, el preámbulo del Libro II del CCCat, pone de manifiesto «En cuanto al pacto de acogida que regula la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores, a pesar de que denota una cierta inspiración en instituciones de Derecho de familia y que dibuja un contenido con unos perfiles extraídos de la relación de parentesco, en la medida en que se concibe como un contrato oneroso y que interviene una contraprestación, debe quedar fuera del libro segundo y, si procede, integrarse en el libro sexto, relativo a las obligaciones y los contratos». Persiste la idea de no considerar el acogimiento de personas mayores como generador de un modelo familiar y además, debemos de advertir que no acabó integrándose en el libro sexto. Por tanto, actualmente el acogimiento de las personas mayores de edad no está regulado en Cataluña, pero cuando lo estuvo no se concebía como familia propiamente dicha, sino como una pseudo o cuasi familia⁶⁵.

⁶³ Artículos 1 y 2, Ley 22/2000, de 13 julio, de acogida de personas mayores. Esta ley fue derogada por la Ley 3/2017 de 15 de febrero de Libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos y de modificación de los libros primero, segundo tercero y cuarto y quinto.

⁶⁴ En su artículo 1 se definía de la siguiente manera: «el pacto de acogida consiste en la vinculación de una persona o una pareja casada o unida de manera estable, o una familia monoparental, por razón de la edad o bien de una discapacidad, a una persona o a una pareja casada o unida de manera estable, que deben ser más jóvenes, si la acogida es por razón de la edad, que los aceptan en condiciones parecidas a las relaciones de parentesco y a cambio de una contraprestación».

⁶⁵ Sin embargo, en el preámbulo del Libro sexto CCCat relativo a las obligaciones y contratos se afirma que debido a una regulación más desarrollada actual del contrato de alimentos y «el hecho de que el pacto de acogida, aparte de cuestiones dudosas relativas a su naturaleza onerosa y aleatoria, además de efectos sucesorios, no haya tenido un arraigo práctico, hasta el punto de que el Registro de acogida de personas mayores no se ha llegado a desarrollar reglamentariamente, han permitido prescindir de la tipificación de dicho pacto de acogida».

El acogimiento de personas mayores sí se regula en Navarra. La Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores de Navarra, en su preámbulo nos viene a indicar también que no estamos ante una familia propiamente dicha al afirmar que «se regula la convivencia originada por el acogimiento que una persona o pareja ofrecen a otra u otras personas, en condiciones similares a las relaciones que se producen entre ascendientes y descendientes».

— Otro modelo de familia es el originado por las relaciones tutelares. El artículo 213 CC, relativo a las personas que pueden ser nombradas tutoras, al final del segundo apartado afirma que «Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor». La ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, modificó el Título IX del Libro Primero del Código civil y añadió este precepto. Actualmente la tutela se elimina del ámbito de la discapacidad y con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad.

El artículo 213.2 *i.f* CC parece que no obliga a que el menor sometido a tutela se integre en la vida familiar del tutor, sino que simplemente pone de manifiesto que se considera beneficioso⁶⁶. El artículo 228 CC obliga al tutor a velar por el tutelado, pero entre las obligaciones que se exponen no se menciona integrarlo en la vida familiar del tutor o convivir juntos. Sin embargo, de la obligación de velar puede derivarse la integración en la vida familiar del tutor, pues la tutela de los menores pretende otorgar la misma protección que los titulares de la patria potestad⁶⁷. El artículo 222-39 CCCat es más explícito y señala que «El tutor debe convivir con el menor tutelado» aunque caben excepciones⁶⁸.

Consideramos que la idea de cuidado que nos describe el contenido de las obligaciones del tutor (procurarle alimentos, proporcionarle educación, administrar su patrimonio, etc.) nos indican que podemos considerarlo un modelo de familia.

— En el contexto de la adopción, podemos mencionar las familias generadas por adopciones abiertas, consolidadas en algunos ordenamientos comparados. Se trata de la posibilidad de que el adoptado siga manteniendo relaciones de distinta intensidad con

GETE-ALONSO Y CALERA, y SOLÉ RESINA, 2021, p. 216, no las consideran familias por carecer de los datos propios de las familias.

⁶⁶ Para un desarrollo del tema ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *RJN*, 2021, p. 508.

⁶⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2021, p. 320.

⁶⁸ L'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones de abril de 2023, en su artículo 221-41 incide en esta idea y continua con el carácter familiar (tutela familiar).

sus progenitores biológicos y con la familia de origen, duplicando, de esta manera, sus relaciones familiares⁶⁹.

Sobre este modelo, nuestro ordenamiento estatal prevé que la autoridad judicial pueda disponer, a propuesta de la entidad pública o del Ministerio Fiscal, que la persona adoptada mantenga relaciones personales con la familia de origen. En este sentido el artículo 178.4 CC afirma que «Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos». En el ordenamiento catalán también se prevé en los supuestos de adopción de menores de países en los que no existe la adopción u otra institución equivalente (art. 235.44.4 CCCat)⁷⁰. Estas situaciones se asimilan a la adopción abierta.

— Destaca también las relaciones constituidas por convivientes que son hermanos/as, amigos/as, etc. Consideramos que se trata más bien de un ejemplo de domesticidad compartida⁷¹ o de la tolerancia en cuanto a las formas de vida y de los proyectos de vida de las personas. Se les ha denominado «familias múltiples», «*cohousing*», «vivienda colaborativa», en las que hay vínculos de solidaridad y participación en gastos comunes, relaciones de ayuda o apoyo mutuo⁷².

Se trata de modelos de convivencia de un conjunto de personas que se unen para sobrevivir material y emocionalmente, en las que

⁶⁹ GARCÍA RUBIO, 2022 (a), p. 211 y bibliografía allí citada.

⁷⁰ El artículo 178.2 CC señala que excepcionalmente subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor, por una parte, cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido. O cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

El artículo 178 CC se reformó a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Los artículos 235-32.1.a) y b) CCCat prevén la posibilidad de mantener vínculos con la familia de origen para los supuestos de adopción del hijo o hija del cónyuge o pareja estable o en el caso de adopción intrafamiliar, atribuyéndose también ciertos derechos sucesorios (art. 443.2 y 443.5 CCCat).

En el ordenamiento español se preveía históricamente la adopción simple o menos plena caracterizada por la subsistencia para determinados efectos del vínculo jurídico de la filiación con los progenitores biológicos. El padre biológico no perdía la patria potestad y el adoptivo no la adquiría. Esta modalidad de adopción se suprimió en 1987. Para un estudio del tema, *vid.* SÁNCHEZ CANO, *CDT*, 2018, pp. 642 ss.

⁷¹ Se suele hablar de neo-tribus o cuasi-comunas. *Vid.* HEATH, CS, 2004, pp. 161 ss.

⁷² GARCÍA RUBIO, 2021 (b), p. 283. Interesantes los casos que menciona en las notas 20 y 21: la STEDH Burden v. United Kingdom de 29 de abril de 2008, STEDH FN v. United Kingdom de 17 de septiembre 2013 y AS v. Suiza de 30 de septiembre de 2015. Se considera que no hay vida familiar entre parientes adultos a menos que exista adicionales elementos de dependencia.

se desarrollan relaciones de cuidado, de dependencia de carácter estable, etc., focalizadas especialmente para personas mayores.

En Cataluña, el libro segundo de su Código civil, dedica el título III a la familia y de forma separada en el título IV a las relaciones convivenciales de ayuda mutua (arts. 240.1 a 240.7 CCCat). Se deduce de su ubicación que no se consideran familia. No son familia en sentido estricto, pero dado que afectan a la esfera personal de las personas que las constituyen, tradicionalmente se han ubicado en el ámbito del Derecho de familia⁷³. El artículo 3 de la Ley 18/2003, de 4 de julio, de soporte a las familias, equipara estas situaciones de convivencia a la familia, otorgando a los convivientes de relaciones convivenciales de ayuda mutua beneficios económicos y sociales.

Gil Saldaña ha definido estas relaciones como aquellas situaciones en las que dos o más personas mayores de edad, entre las cuales no existe ningún vínculo de parentesco en línea recta ni relación jurídica previa entre ellas, deciden compartir los gastos comunes y/o el trabajo doméstico en virtud de un contrato o por la convivencia continuada durante dos años en una misma vivienda habitual, con voluntad de permanencia y ayuda mutua⁷⁴.

El legislador catalán otorga cobertura jurídica a la convivencia de personas mayores como una alternativa a la familia, a las relaciones *more uxore*, heterosexuales o homosexuales o al internamiento en una residencia. Las situaciones convivenciales de ayuda mutua intentan resolver o hacer frente a las dificultades propias de las personas mayores, con o sin familia, que prefieren no vivir con ella (ya sea porque no quieren o porque no pueden)⁷⁵.

En todo caso, dado que las relaciones convivenciales de ayuda mutua pueden constituirse a través de contratos de convivencia que establezcan sacrificios patrimoniales a cargo de los convivientes,

⁷³ GILI SALDAÑA, 2014, pp. 1033 ss. Recomendable las aportaciones de la autora que se tiene en cuenta en este trabajo. GETE-ALONSO Y CALERA, y SOLÉ RESINA, 2021, p. 216, no las consideran familias por carecer de los datos propios de las familias.

⁷⁴ Artículo 3, Ley 18/2003. Situaciones equiparadas. 1. En los términos establecidos por la presente Ley, pueden acogerse a determinadas medidas y prestaciones los titulares de una relación de convivencia de ayuda mutua, de acuerdo con la definición que de esta situación establece la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua.

⁷⁵ ALONSO PÉREZ, 2011, p. 134, esta figura no la considera familia, sino que la considera una forma de convivencia cuasifamiliar, o parafamiliar, añadiendo que «es un bálsamo “familiar” que si funciona bien (...) puede ser un sucedáneo aceptable de la familia tradicional» (pp. 134 y 135). Aunque «si convivieran diversos parientes consanguíneos en línea colateral para ayuda mutua ex artículo 240.2 CCCat, podría formar por razones de parentesco natural una “familia” en cierto sentido, pero no por la relación convivencial de ayuda mutua».

quizás hubiera sido más oportuno regularlas en el libro sexto del Código civil catalán⁷⁶.

También en la Ley Foral de Navarra se regula en las leyes 117 a 119 las comunidades de ayuda mutua como un modelo alternativo al aislamiento de las personas mayores en instituciones geriátricas y situaciones de soledad, como respuesta a la realidad social actual del envejecimiento progresivo de la población⁷⁷.

En Derecho comparado, cabría citar el ejemplo del artículo 2 de la Ley de Sociedad de convivencia para el Distrito Federal de México, de 16 de noviembre de 2006 señala que la sociedad de convivencia es «un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua»⁷⁸. Con ello se ampara jurídicamente la convivencia de parejas de igual o diferente sexo, formada por personas mayores, siempre que no estén unidas en matrimonio o concubinato, o tengan otra sociedad de convivencia o sean parientes consanguíneos en línea recta o colateral hasta el cuarto grado (art. 4).

— Podemos mencionar también como modelos pseudo-familiares o cuasi familiar los supuestos de «paternidad fragmentada»⁷⁹. Hay que diferenciar estos modelos de las familias reconstituidas. Aquí la familia reconstituida se ha roto. Es el caso, por ejemplo, del compañero de la madre que ha ejercido de padre social del niño y tras separarse de la madre, quiere mantener vínculos con el niño. En estos casos las respectivas parejas del padre o de la madre (u otros amigos o familiares) han convivido con el niño o niña, han ejercido una verdadera parentalidad social, ocupándose de sus cuidados y de sus afectos como progenitores, a la vez que lo han hecho los propios padres o madres biológicos

Sin embargo, en nuestro ordenamiento estos padres o madres sociales son meros allegados que lo único que pueden solicitar al juez es su derecho a relacionarse con el menor (art. 160 CC). Supuestos cercanos a esto son los casos en que se atribuyen responsabilidades parentales a personas que no se califican legalmente

⁷⁶ GETE-ALONSO, YSÁS SOLANES, y SOLÉ RESINA, 2013, pp. 20 y 25, destacan que las relaciones de convivencia no tienen condición de familia.

⁷⁷ La Ley 117 las define como «Dos o más personas mayores de edad que convivan en una misma vivienda habitual con voluntad de permanencia, sin contraprestación económica y con finalidad de procurarse asistencia entre ellos compartiendo los gastos comunes y el trabajo doméstico, pueden constituir una relación de ayuda mutua mediante convenio con forma escrita».

⁷⁸ Disponible en <http://www.aldf.gob.mx/archivo-05b2bbe0d8e3f376fa1f335467aef70c.pdf>

⁷⁹ Sobre el tema COLLIER, y SHELDON, 2008.

como padre o madre. Es el caso de determinados parientes o personas próximas al menor cuando ninguno de los progenitores es apto para ejercer la guarda (STS de 14 de septiembre de 2018⁸⁰, que atribuye la custodia a una tía de la menor, quien la venía ejerciendo de hecho desde la muerte de la madre)⁸¹.

De nuevo podemos encontrar una referencia en la jurisprudencia colombiana ha desarrollado el concepto de «hijos de crianza», «padres de crianza», o «vínculos de crianza» entendidos como «la asunción voluntaria y libre de la calidad de padre, madre, hijo, hermano, sobrino o cualquier otra, entre quienes carecen de un vínculo consanguíneo o adoptivo, por fuerza de la incorporación voluntaria de un nuevo integrante a la comunidad doméstica» (STC8697-2021 de 19 de julio 2021)⁸². Es el caso, por ejemplo, de la tía que se hace cargo de su sobrino tras el fallecimiento de su madre, o la nueva pareja de la madre respecto al hijo biológico de esta. Hay muchos fallos en los que se alude a estas relaciones en casi todas las jurisdicciones (civil, laboral, contencioso administrativa) reconociéndoles derechos en materia de seguridad social, reclamación de daños, derecho de alimentos, en materia sucesoria.

6. LOS MODELOS QUE EMPIEZAN A ASOMAR: FORMAS COLABORATIVAS DE PATERNIDAD O MATERNIDAD

Además de los modelos descritos, mayoritariamente aceptados por la sociedad, están surgiendo nuevos modelos de familia que desafían los conceptos tradicionales de familia. En concreto, hare-

⁸⁰ ECLI:ES:TS:2018:3154, ponente J. A. SEIJAS QUINTANA.

⁸¹ GARCÍA RUBIO, 2022 (a), pp. 215 y 216. Estas relaciones se insinúan en los artículos 68, 1362.1.ª o artículo 103.1.ª, par. 2 CC. De interés la STEDH 16 julio 2015 (caso Nazarenko c. Rusia), citada por la autora. Sobre el tema también FERRER RIBA, *RDF*, 2018, pp. 321.

⁸² Puede consultarse, entre otras, STC1171-2022 de 8 abril 2021, Sentencia T-279-20 de 31 julio 2020; STC6009-2018 de 9 mayo 2018; Sentencia T-070-15 18 de febrero 2015; Sentencia T-403/1117 mayo 2011. MARTÍNEZ-MUÑOZ, y RODRÍGUEZ YONG, *RDP*, 2020, p. 87, la definen «como aquella forma excepcional de familia que conlleva una relación de hecho, fundamentada en la convivencia, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto, que dada la importancia para la estabilidad y desarrollo de quienes hacen parte de ella, especialmente los menores de edad, es sujeto de protección». Sin embargo, como afirman los autores (p. 94), se está observando un cierto cambio en la materia. Antes se admitían con cierta libertad estos vínculos de crianza. A partir sentencia C-085 de 2019 se ha notado una restricción en su admisión, al afirmar que los hijos de crianza «no son una categoría de sujetos comparables» con los hijos pro consanguinidad o adoptivos y que la crianza no es fuente de filiación, al tratarse de un asunto de competencia del legislador.

mos mención solamente a dos: a las relaciones poliamorosas y a las familias multiparentales⁸³.

6.1 RELACIONES POLIAMOROSAS

Se trata de relaciones entre más de dos personas adultas unidas entre sí por relaciones afectivas de carácter amoroso sexual. El poliamor está caracterizado como una relación múltiple, única y simultánea a largo plazo, incluyendo los niveles afectivo, sexual y emocional, con pleno conocimiento de los participantes de la totalidad de la red, donde el respeto y bienestar del otro juegan papeles prioritarios⁸⁴. Se hace referencia también al *matrimonio* trial, trimonio o trijea. Es un nuevo modelo, en algún aspecto parecido a la poligamia, pero sin ser lo mismo.

Aunque legalmente las relaciones poliamorosas no están admitidas en la mayoría de países, sin embargo, cada vez son más las sentencias que aluden a este modelo.

En el ámbito comparado hay muestras de aceptación y encontramos algunas decisiones judiciales sobre este modelo. Por ejemplo, el caso de poliamor resuelto por la Corte Suprema del Condado de LA de Suffolk, Nueva York, Estados Unidos, el 8 de marzo 2017⁸⁵. La sentencia debía decidir sobre la solicitud de un régimen de guarda y custodia de la madre no biológica, ni adoptiva, de un niño de diez años. Lo solicita la «madre» socioafectiva de un niño nacido en el marco de una familia poliamorosa compuesta por el exmarido de la actora, ésta y su mejor amiga. Los tres decidieron tener un hijo, en concreto la amiga de la esposa, con esperma del hombre. Ante la negativa del centro a practicar una inseminación por no estar casados, pretenden tener un hijo por acto sexual entre el marido y la mujer no esposa. Tras el nacimiento se determina la filiación del niño por las reglas de la filiación biológica (el padre le reconoce voluntariamente como hijo). Durante más de dieciocho meses los tres adultos se comportaron como progenitores. Sin embargo, en 2008 las dos mujeres con el niño abandonan la vivien-

⁸³ Existen otros los nuevos modelos, como por ejemplo la coparentalidad, de la que se ha hecho eco recientemente los medios de comunicación, pues es la primera vez que nacerá en España una niña antes del embarazo se firma un acuerdo privado entre las dos partes para decidir en qué condiciones tendrá lugar la crianza bajo este modelo. La coparentalidad es la relación entre dos personas que no quieren ser pareja sentimental pero sí desean tener un hijo. Eligen esta modalidad por no querer ser familias monoparentales o por no haber encontrado la persona con quien tener descendencia. Las partes firman un acuerdo sobre las condiciones en que tendrá lugar la crianza. *Vid. El Periódico*, 26 septiembre 2023.

⁸⁴ DE LA TORRE, y SILVA, *RDF*, 2017, p. 310.

⁸⁵ Disponible en: https://www.nycourts.gov/reporter/3dseries/2017/2017_27073.htm

da que compartían con el marido. La esposa interpone la demanda de divorcio contra el que era su esposo, el cual deja de considerarla madre de su hijo. En paralelo, y antes de dictarse la sentencia de divorcio en el 2011, el padre del niño reclama la guarda y custodia contra la madre legal de su hijo. Ambos logran acordar la guarda compartida.

Las dos mujeres continúan conviviendo con el hijo, razón por la cual el vínculo socioafectivo con el menor se mantuvo. Pero la madre socioafectiva solicita un régimen de guarda y custodia del hijo (estaba de acuerdo la madre biológica). El tribunal admite la petición de la madre socioafectiva y falla a favor de un sistema tripartito de la guarda y custodia teniendo en cuenta que la actora vive con el niño y que éste disfruta de su tiempo con el padre. El tribunal consideró que el alejamiento del niño de su madre socioafectiva le perjudicaría teniendo presente el interés superior del menor.

Otra sentencia interesante es la del Tribunal de Nueva York en el caso *W. 49th St. LLC v. O'Neill* (NY City Ct. de 14 de julio de 2022)⁸⁶, relativo al derecho a continuar con el arrendamiento de un apartamento tras fallecer uno de los miembros de una relación de tres personas (dos hombres estaban casados, aunque vivían en casas separadas, y el tercero convivía con uno de ellos como pareja de hecho). La sentencia determina los mismos derechos para una relación de tres personas LGTBI, considerando la juez que sería preciso legislar en el sentido de que tuvieran derecho a casarse más de dos personas.

En los tribunales de Canadá también han llegado casos de relaciones poliamorosas. En concreto la sentencia de 4 de abril de 2018 de la Suprema Corte de Familia de la provincia de Terranova y Labrador⁸⁷ reconoce como progenitores a tres personas, dos hombres y una mujer, miembros de una relación poliamorosa. Se trata de una triéja compuesta por una mujer, C.C., y dos hombres, J.M. y J.E., de cuyas relaciones sexuales mantenidas entre los tres nace el niño A. cuya filiación queda determinada a favor de C.C. Los tres solicitan, conjuntamente, una declaración de paternidad a favor de los tres, alegando desconocer quién de los hombres era el progenitor biológico. La corte consideró que el menor nació en el seno de una relación familiar estable y amorosa ajena al modelo familiar

⁸⁶ Disponible en <https://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2022/2022-ny-slip-op-22296.html>

⁸⁷ SC Familia, Terranova y Labrador, Canadá, 04/04/2018, «C. C. (Re), 2018 NLSC 71». Disponible en: <https://www.cbc.ca/news/canada/newfoundland-labrador/polyamorous-relationship-three-parents-1.4706560>

tradicional, pero en un ambiente seguro y enriquecedor, por lo que les reconoce como progenitores.

En Colombia es significativa la sentencia núm. 050013105007 2015-01955 01 del Tribunal Superior de Medellín Laboral de 28 de mayo de 2019⁸⁸, relativa a las relaciones poliamorosas de tres personas homosexuales que convivieron más de siete años. El tribunal reconoció dicha relación tras el fallecimiento de uno de ellos y el derecho de los dos miembros supervivientes a recibir una pensión de sobrevivientes en partes iguales. Se consideró que el Estado reconoce la autonomía del individuo para conformar su propia familia, consolidándose el reconocimiento de «familia diversa» contenido en el artículo 42 de la Constitución, al defender que «la familia está donde están los afectos». Aunque el ordenamiento jurídico colombiano regula el matrimonio y la convivencia monogámica, el poder judicial consideró que este tipo de familias no tradicionales debían interpretarse de acuerdo con las realidades sociales y las formas como se presenta de facto la familia, incluyendo así, las parejas del mismo sexo compuestas por dos o más personas⁸⁹.

Otro país que ha decidido jurisprudencialmente sobre las relaciones poliamorosas es México. En concreto destaca la Sentencia 1227/2020 del Juzgado Octavo de Distrito de Amparo en Materia Civil, Administrativa y de Trabajo y de Juicios Federales de San Andrés Cholula, Puebla (México) de 21 de mayo de 2021⁹⁰. La sentencia da un paso más, pues acaba declarando inconstitucionales los preceptos del Código civil mejicano por considerar el matrimonio y el concubinato solo entre dos personas. El actor manifiesta «tener inclinación y preferencia a mantener relaciones amorosas y afectivas con varias personas de forma simultánea, con el consentimiento de todos los involucrados», por lo que reclamó la inconstitucionalidad de los artículos 294 y 297 del Código Civil del Estado de Puebla por considerar que «vulneran los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, pues establecen que el matrimonio y el concubinato solo pueden celebrarse entre dos personas excluyendo a las demás preferencias sexuales como es el caso de las relaciones compuestas por más de dos personas de forma simultánea, conocidas comúnmente como relaciones polia-

⁸⁸ Puede consultarse: <https://munozmontoya.files.wordpress.com/2019/06/007-2015-1955-p.s.-poliamor-confirma.pdf>

⁸⁹ En los medios de comunicación de Colombia, con fecha de 14 junio de 2017, se anunció la constitución de una triega ante un escribano de Colombia para que se les reconociera derechos patrimoniales a los supervivientes si uno de ellos fallecía. Disponible en: <https://www.debate.com.mx/mundo/Tres-hombres-contraen-matrimonio-ante-juiz-20170614-0321.html>

⁹⁰ Disponible en: <https://miguelcarbonell.me/wp-content/uploads/2022/07/Sentencia-poliamor.pdf>

morosas». Además, se alega que «la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege a la familia como realidad social, es decir, todas las formas y manifestaciones de familia que existen en la sociedad».

El Poder Judicial de la Federación admitió la demanda al considerar que el Código civil al definir el matrimonio y el concubinato «excluyen las demás preferencias sexuales», como las «relaciones poliamorosas». El Tribunal establece que «las relaciones sentimentales entre varias personas, con pleno conocimiento, se encuentran en una situación equivalente a las relaciones de pareja del mismo o diferente sexo, precisamente al estar conformadas por seres humanos, de tal manera que es injustificada su exclusión de dichas instituciones civiles, pues la prohibición de acceder al matrimonio o concubinato los priva del derecho a tener acceso a los beneficios asociados a esas instituciones, además, también los priva del derecho a los beneficios materiales que las leyes confieren, entre ellos, los siguientes: beneficios fiscales, beneficios de solidaridad, beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges, beneficios de propiedad, beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas, y beneficios migratorios para los cónyuges en el extranjero; sin que sea el caso abordar un estudio de fondo de tales beneficios, al no ser materia de la litis constitucional (...) Por todo lo anterior es que se considera que los artículos impugnados son inconstitucionales, por contener una descripción que excluye tácita e injustificadamente a las relaciones entre varias personas del mismo o de diferente sexo, del acceso al matrimonio y al concubinato, al permitir contraer legalmente –el primero– o de hecho –el segundo– a las parejas conformadas por dos personas y, por tanto, los artículos 294 y 297 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla vulneran los principios de igualdad y no discriminación contenidos en los artículos 1.º y 4.º de la Constitución Federal». Como consecuencia de ello, los artículos 294 y 297 del Código civil del Estado no se aplicarán a la esfera jurídica del demandante⁹¹.

En cuanto a su reflejo legislativo⁹², aunque son pocos los países que admiten este tipo de relaciones, destaca la *Family Law Act*

⁹¹ El Tribunal, tras poner de manifiesto que la procreación o perpetuación de la especie como fin del concubinato supone una violación al principio de autonomía personal, considera que «no existe razón de índole constitucional para no reconocer el matrimonio o el concubinato entre más de dos personas, ni tampoco existe ninguna justificación objetiva para no reconocer los derechos fundamentales que les corresponden como individuos. Asimismo, no existe justificación alguna para no reconocerles sus derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables y con pleno conocimiento de dicha situación por todos los involucrados en una relación sentimental».

Para un comentario de la sentencia, QUAINI, *MJ-DOC-14953-AR / MJD14953*, 2019.

⁹² Recomendable la lectura de la Nota, *HLR*, 2022, pp. 1441 ss.

de 2011 de la Columbia británica, que además de reconocer, como veremos, la multiparentalidad también admite las relaciones poliamorosas (secc. 3 de la citada ley)⁹³.

Mención especial merece también la ciudad de Somerville, en Massachusetts, pues el 29 de junio de 2020 aprobó la primera ley sobre relaciones poliamorosas (Multiple-partner domestic partnership ordinance), tras percatarse de que con la pandemia los miembros de las uniones no podían acceder al seguro de salud de sus parejas sin que se reconociera legalmente su relación⁹⁴. La nueva normativa considera estas relaciones como parejas de hecho⁹⁵ y las define como «una entidad formada por personas» que deben cumplir una serie de requisitos: integrar una relación de apoyo mutuo, cuidado y compromiso entre ellos con intención de permanecer en dicha relación; residir juntos; considerarse ellos mismo una familia; no estar casados ni estar relacionados por vínculos de sangre y tener capacidad para contratar⁹⁶. Asimismo, la ciudad adyacente de Cambridge en Massachusetts siguió el mismo camino y el 8 de marzo de 2021 aprobó su propia ley de relaciones poliamorosas creando a su vez la Coalición de defensa legal del poliamor (PLAC)⁹⁷.

Este interés en reconocer legalmente las relaciones poliamorosas crece, en realidad, en otros municipios de EEUU⁹⁸. Recientemente, en Arlington, Massachusetts, se reconoció las uniones de hecho de dos o más personas⁹⁹. O se suaviza su rechazo, como en Utah (el estado de EEUU con la mayor población mormona) que en 2020 despenalizó estas relaciones consentidas entre adultos convirtiéndolas en meras infracciones administrativas¹⁰⁰.

Otro ejemplo lo encontramos en Méjico donde se aprobó la Ley para la Familia en el Estado de Coahuila de Zaragoza el 15 de diciembre de 2015. Su artículo 284 reconoce a las relaciones poliamorosas pues reconoce como fuente de prestación de alimentos, la coexistencia de una segunda relación de tipo afectiva, como puede ser un matrimonio o una pareja de hecho («las personas unidas por una relación de pareja estable, independientemente del estado civil

⁹³ Para más información, BOYD, 2017, o JARAMILLO MANZANO, *TF*, 2022, pp. 51 y 52.

⁹⁴ ASPEGREN, 2020.

⁹⁵ Pero estas parejas de hecho no pueden equipararse al matrimonio. Lo que se pretende es dar cabida en dichas parejas de hecho a las relaciones poliamorosas; por tanto, es necesario desmarcarlas del matrimonio.

⁹⁶ Code of Ordinances, ciudad de Somerville, Massachusetts, capítulo. 2, artículo IX, § 2-502(c) (2020).

⁹⁷ «Cambridge Becomes 2nd US City to Legalize Polyamorous Domestic Partnerships», en *Polyamory Legal Advoc Coal* (9 marzo 2021). Disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/602abeb0ede5cc16ae72cc3a/t/604747971135b1744e8a4002/1615284120965/2021-03-08+PLAC+Press+Release.pdf> [<https://perma.cc/UD8N-NNWW>].

⁹⁸ VILLARREAL, 2020.

⁹⁹ COLLINGS, AA, 2021.

¹⁰⁰ PALAZZO, 2021, p. 25.

de cada una de ellas, tienen la obligación recíproca de darse alimentos», exigiendo entre los requisitos que «tengan una relación de convivencia estable aunque concurren, con respecto al deudor alimentista, diversas formas de convivencia como el matrimonio o el concubinato»¹⁰¹.

En definitiva, donde no hay regulación los jueces se han tenido que manifestar sobre las relaciones poliamorosas, porque estas existen y dan lugar a controversias que tienen que ser resueltas por el derecho. Este tipo de relaciones está siendo una realidad social y el ordenamiento jurídico debe ser consciente de ello y proporcionarles una protección y acompañamiento legal. En España estos casos, tarde o temprano, llegarán a los tribunales y, previsiblemente, de nuevo se generará una polvareda doctrinal sobre el concepto de familia. Es posible, además, que de estas uniones nazcan hijos y debe tenerse presente su interés superior si el entorno es seguro y estable. Podemos compartir o no estas relaciones, nos pueden gustar más o menos, pero el derecho no puede darles la espalda.

Coincidimos con García Rubio en que estas relaciones no pueden confundirse con la poligamia y que «el tabú de la poligamia propio de las sociedades occidentales, en gran medida justificado por las relaciones de desigualdad entre el varón y sus esposas, víctimas de groseras discriminaciones incompatibles con los principios de igualdad y dignidad de todas las personas (...) no puede impedir que las opciones voluntarias que superen la relación monógama entre dos adultos, en las que además de la connotación amorosa sexual o de intimidad, se den los vínculos de solidaridad y compromiso propios de la familia, puedan tener reconocimiento jurídico»¹⁰².

En consecuencia, creemos que podría focalizarse la atención en la no discriminación y quizás una solución a dichas relaciones pueda ser la vía contractual. Es decir, como alternativa a la constitución de una unión de hecho formada por varias personas, podría defenderse la constitución de dichas relaciones poliamorosas a través de la celebración de un contrato ante notario, donde las partes planificaran los supuestos de ruptura, la crianza compartida de los hijos, etc.¹⁰³.

La doctrina norteamericana ha defendido que el poliamor podría considerarse una orientación sexual y por lo tanto digna de

¹⁰¹ Ley para la familia. Disponible en:

<https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/DMVLV/LMF/COAH-LF.pdf>. Puede consultarse también OLIVA GÓMEZ, *AJI*, 2022, p. 2373.

¹⁰² GARCÍA RUBIO, 2021 (b), p. 285.

¹⁰³ MORIN, *TA*, 2014.

protección igualitaria y protegido contra la discriminación¹⁰⁴. Pero no todas las personas poliamorosas lo conciben como una muestra de su identidad, sino que lo consideran un movimiento social. Otra opción es defender el poliamor como un derecho fundamental a elegir a los compañeros de vida.

6.2 LA MULTIPARENTALIDAD

Otro modelo de familia que debemos mencionar como relativamente novedoso es el multiparental o pluriparental¹⁰⁵, cuyos pilares se asientan en la voluntad de las partes y la socioafectividad, perdiendo relevancia los vínculos biológicos. Supone la posibilidad de tener más de dos progenitores. Desde el punto de vista científico es posible, por ejemplo, la existencia de dos madres genéticas (la gestante y la que aporta el óvulo) que podrían unirse al correlativo padre biológico para el desarrollo del proyecto parental. Sin embargo, hay muchos más supuestos y todos ellos pueden repercutir en ámbitos jurídicos muy diversos, incluidos los propios de nuestra disciplina, como la vecindad civil, nacionalidad, apellidos, derechos sucesorios, etc., a los que el derecho deberá dar respuesta¹⁰⁶. No obstante, en nuestro ordenamiento, todo lo que no se ajuste al modelo de familia nuclear se considera aún un vínculo extraño y la multiparentalidad tensiona el molde biparental, sea de orden de clásico (una madre y un padre) o renovado (dos madres o dos padres)¹⁰⁷.

Según Ferrer Riba existen dos conceptos de pluriparentalidad: en sentido estricto supone extender la condición legal de padre o madre de un hijo a más de dos personas al mismo tiempo; y en un sentido amplio, se refiere a la posibilidad de reconocer, respecto de un mismo hijo o hija, un número plural de posiciones que puedan ser consideradas parentales, aunque tengan fundamento, características y trascendencia diversa¹⁰⁸.

¹⁰⁴ AVIRAM & LEACHMAN, *H&G*, 2015, p. 313. O SHEFF, *PT*, 2016).

¹⁰⁵ Como señala PÉREZ GALLARDO, 2022, pp. 200, «la multiparentalidad asoma su rostro de modo rupturista, poniendo fin al culto de una filiación necesariamente biparental».

¹⁰⁶ GARCÍA RUBIO, 2022 (a), pp. 219 y 220, DÍAZ PARDO, 2022, p. 275.

¹⁰⁷ SILVA, *RDF*, 2021, p. 1.

¹⁰⁸ FERRER RIBA, *RDF*, 2018, p. 2. Alude a las relaciones socioafectivas en FERRER RIBA, 2018 (a), p. 325. CAMMU, *CJFL*, 2019, p. 285, distingue la multiparentalidad intencional (implica la intención de un padre de concebir a un hijo y desempeñar una función parental) y no intencional (supone la aceptación de las responsabilidades de los padres sin que uno de ellos haya estado involucrado en la concepción, por ejemplo, un padrastro o madrastra).

Otra modalidad de multiparentalidad es la inversa que surge cuando, después de haber sido adoptada una persona, en un momento posterior pretende el reconocimiento de la filiación consanguínea u originaria que un día fue desplazada, puesto que se demuestra que, aun adoptada, la persona mantuvo un vínculo socioafectivo con su padre o madre

La multiparentalidad, dependiendo del momento en que se produce, también se clasifica en originaria y sobrevenida. En cuanto a la originaria, tiene lugar antes del nacimiento del menor en los casos en que se ha acudido a una técnica de reproducción asistida o doméstica por existir una voluntad procreacional de todos los implicados y en el que todas las personas que participan en el proceso de procreación tienen derecho al reconocimiento del vínculo de filiación si desean involucrarse en el proyecto parental¹⁰⁹. Respecto a la multiparentalidad sobrevenida, es la que surge con posterioridad al nacimiento y el criterio socioafectivo se presenta como un nuevo elemento para establecer la existencia del vínculo parental fundado en la afectividad, en el interés superior del niño y en el respeto por la dignidad humano¹¹⁰.

En cuanto a la socioafectividad, merecería un estudio más detallado del que se puede hacer en este lugar. Es un concepto relativamente nuevo que surge a partir de la convivencia y «queda configurada mediante el afecto generado por medio de la vida en común, a través del cual quienes son progenitores tratan a la niña / al niño como si fuera su hija/o, con independencia de los lazos sanguíneos o civiles»¹¹¹. Se considera que las relaciones familiares deberían empezar a tener presente el ámbito de la afectividad, reconociendo el parentesco social efectivo para amparar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se compartan entre ellos a modo y semejanza¹¹². Esto implicaría otorgar al «afecto» un valor jurídico.

consanguíneo, respecto de los cuales, conforme al derecho, rompió los vínculos filiales. Sobre el tema CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE, PEREIRA DANTAS CARVALHO, y ALVES PEREIRA, *RJL-B*, 2020, pp. 1259-1278.

Respecto a la multiparentalidad en el Derecho rumano, puede consultarse MOLOMAN, 2022, pp.183 ss.

¹⁰⁹ En España, el caso que más se ha acercado a la multiparentalidad pero con un efecto inverso es el recogido en la SAP Valencia 27 noviembre 2017 (ECLI:ES:APV:2017:4317). Una pareja de dos mujeres firma un documento con un amigo de ambas en el que este se compromete a donarles semen para una inseminación casera renunciando a cualquier derecho de paternidad y a cualquier reclamación de estos derechos. Nace una niña que es inscribe como hija de las dos mujeres. Posteriormente el donante se arrepiente de lo firmado y ejerce una demanda de impugnación de la filiación. El tribunal declara nulo el documento al considerarlo contrario a la indisponibilidad del estado civil, al interés y al orden público. Tampoco se considera que vaya contra el interés del menor puesto que no se acreditó que la decisión judicial que reconozca la paternidad del actor pueda implicar un perjuicio para el menor. Por tanto, se declaró la paternidad extramatrimonial del amigo/demandante en relación a la menor.

¹¹⁰ ECHEVARRÍA DE RADA, *RDC*, 2023, p. 5. Para un estudio de las implicaciones sucesorias de la admisión de la multiparentalidad en nuestro ordenamiento, *vid.*, pp. 9 ss.

¹¹¹ MAICÁ Y MARMETO, *Microjuris.com*, 2018, p. 5.

¹¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Revista Jurídica La Ley*, 2014, p. 9. Añade la autora que «se ha producido, entonces, lo que ha dado en llamarse “desencarnación”, o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo». ÁLVAREZ ESCUDERO, 2022, p. 156, advierte que «es posible evidenciar relaciones paterno o materno filiales que se forjan desde las vivencias, circunstancias de facto en las que los roles parentales son ejercidos por personas distintos al padre o madre del que se

En nuestra tradición jurídica, el reconocimiento de la socioafectividad se puede apoyar en la posesión de estado (tractatus, nomen y fama). Es decir, el padre o madre socioafectivo debe haber tratado al niño como hijo y dicha circunstancia debe haber trascendido del ámbito privado al público lo que implica que el entorno lo considere como hijo de ese padre o madre en virtud de aquel tratamiento. Según el artículo 113 CC es un título subsidiario de determinación de la filiación: se presume que quien es tratado como hijo lo es¹¹³.

Lo cierto es que en el contexto español la socioafectividad no tiene, de momento, el reconocimiento que tiene en otros países. Incluso recientemente se ha limitado su alcance en la STS de 16 de mayo de 2023¹¹⁴ al señalar que «El vínculo socio afectivo de los niños entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es por sí título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación (...) Para este tipo de supuestos el ordenamiento establece el cauce de la adopción», aunque cabe advertir que el caso tenía sus peculiaridades¹¹⁵.

Como nos advierte, con el rigor a que nos tiene acostumbrados Farnós Amorós, hay algunos ordenamientos que admiten la posibilidad de que un niño o niña tenga varios progenitores, otorgando validez y eficacia jurídica a los acuerdos privados que así lo dispongan, especialmente en Canadá o EEUU (California, Luisiana, Pensilvania, el distrito de Columbia, etc.)¹¹⁶. Como consecuencia

desciende, que alcanzan gran trascendencia para niños y niñas que encuentran en ese entorno su desarrollo y protección, conformando vínculos parentales desbiologizados sustentados en la socio-afectividad».

¹¹³ El tema se ha tratado en las SSTS 5 diciembre 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5765, ponente J. A. SEIJAS QUINTANA), 15 enero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:608, ponente F. J. ORDUÑA MORENO) o 11 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3002, ponente M.ª A. PARRA LUCÁN), que abordan casos en que se admite el consentimiento al sometimiento a técnicas de reproducción asistida otorgado por la conviviente de la usuaria como indicio de posesión de estado. Excepto en la última en la que no existe consentimiento ni una clara posesión de estado.

¹¹⁴ ECLI:ES:TS:2023:1958, ponente M.ª A. PARRA LUCÁN.

¹¹⁵ La sentencia resuelve el litigio entre un popular cantante y su expareja sentimental masculina que habían acudido a la maternidad subrogada, fruto de la cual nacieron dos hijos del cantante y dos de su expareja. La filiación de los hijos se había inscrito, exclusivamente respecto de sus respectivos padres biológicos, pero no de forma conjunta a pesar de ser pareja en ese momento, por lo que no existe un certificado o resolución judicial que declare la doble paternidad, con lo cual no se acudió a la inscripción registral ni tampoco a la adopción. La expareja del artista interpone una doble acción de paternidad para que se declarase la paternidad de cada uno de los litigantes respecto de los hijos biológicos del otro, por posesión de estado. El TS desestimó la demanda. Se tiene en cuenta que las partes no acudieron conjuntamente a la maternidad subrogada ni posteriormente a la adopción. (para más información, DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario La Ley*, de 6 de junio de 2023.

¹¹⁶ FARNÓS AMORÓS, 2019, pp. 276 ss. O, 2022, pp. 109-110.

Señala GARCÍA RUBIO, 2022 (a), p. 214 «en algunos ordenamientos europeos el tema de la parentalidad múltiple ha sido objeto de atención en trabajos doctrinales del mundo anglosajón, pero también en países de tradición continental como Holanda y Bélgica, existiendo ya alguna plasmación de propuestas realizadas con vistas a futuras modificaciones de los textos legales que regulan la filiación y la relación parental».

de ello se generan nuevos modelos de familia con una pluralidad de progenitores reconocidos legal o jurisprudencialmente. Veamos a continuación algunos de estos supuestos, obviando las comunidades indígenas, y las culturas africanas donde las relaciones de familia son muy complejas y los modelos de multiparentalidad múltiples obviando las comunidades indígenas, y las culturas africanas donde las relaciones de familia son muy complejas y los modelos de multiparentalidad múltiples.

6.2.1 Canadá y EEUU

La abundante existencia de comunidades mormonas, principalmente en EEUU, ha hecho que la multiparentalidad obtenga una nueva dimensión.

— En la provincia canadiense de Ontario se reconoce la multiparentalidad de hasta cuatro padres de intención, admitiéndose, excepcionalmente, más. Ya en 2007, la Corte de Apelación de Ontario¹¹⁷, reconoció a un tercer progenitor legal por considerar que era lo más adecuado según el mejor interés para el menor. En este sentido, los progenitores eran los dos ya establecidos (la madre biológica y el padre genético, que había donado su esperma y tenía un rol activo en la vida del niño) y, además, la pareja lesbiana de la madre¹¹⁸.

Con la reforma en 2016 de la *Children Law Reform Act* de 1990¹¹⁹, en este ordenamiento se otorgan efectos jurídicos a los acuerdos reproductivos privados previos a la concepción, sin intervención judicial o con dicha intervención –en los supuestos de multiparentalidad por gestación por sustitución o pluriparentalidad posterior al nacimiento del niño–. La sección 9 otorga validez a los acuerdos procreativos suscritos por un máximo de cuatro personas, ya deriven de reproducción sexual o asistida, siempre que la madre gestante también sea parte del acuerdo. El o la cónyuge de la gestante

¹¹⁷ Corte de Apelaciones de Ontario, Canadá, 2 enero 2007, Caso A.A. vs. B.B. 2007 ONCA 2. Disponible en: <https://www.ontariocourts.ca/decisions/2007/january/2007ONCA0002.htm>. La sentencia reconoce que un niño de cinco años puede tener un padre y dos madres legalmente. El caso tuvo su origen en la solicitud de A. A. para que se determinara la filiación materna a su favor respecto de un niño nacido en 2001, cuya madre genética, gestacional a efectos legales era C.C., con quien la solicitante convivía desde 1990. El padre biológico y a efectos legales era B.B., un amigo de la pareja que formaba parte del entorno del niño, quien, si bien desde su nacimiento había quedado a cuidado exclusivo de ambas mujeres, mantenía un vínculo muy estrecho con este. La pareja de mujeres no optó por iniciar un procedimiento de adopción, lo que implicaría la exclusión de la filiación paterna originalmente establecida, resultado que ningún integrante de esta familia deseaba.

¹¹⁸ GARCÍA RUBIO, 2022 (a), pp. 213 y 214.

¹¹⁹ Disponible en: <https://www.ontario.ca/laws/statute/90c12>

también será parte del acuerdo, a no ser que manifieste lo contrario por escrito. Si la concepción es a través de una relación sexual es preciso que el hombre con el cual se mantienen dichas relaciones sea parte¹²⁰.

— En Alberta fue significativo el caso *D.W.H. v. D.J.R.*, 2013, ABCA 240 (CanLII)¹²¹, Dos hombres que habían mantenido una prolongada convivencia de hecho deciden tener hijos con una pareja lesbiana. Los cuatro acordaron que una de las mujeres sería inseminada con el esperma de uno de los hombres y que sería concebido un hijo para cada pareja. El primer bebé fue entregado al padre biológico y su pareja y fue criado en su hogar. Los dos hombres tuvieron la custodia del niño y la madre biológica gozaba de un régimen de visitas. Cuando el padre biológico y su pareja se separaron, los padres biológicos se opusieron a permitir todo contacto del niño con la ex pareja. El hombre, entonces, planteó judicialmente una acción de fijación de un régimen de visitas. Los jueces rechazaron la petición y priorizaron la voluntad de los padres biológicos. La Corte de Apelaciones de Alberta revocó la decisión sobre la base de que no se había valorado adecuadamente el rol de la pareja del mismo sexo en la vida del niño. En segunda instancia la sentencia puso el acento en que el actor había sido parte fundamental en la planificación de la concepción (voluntad procreacional), había preparado el hogar para recibir al niño recién nacido, estuvo presente en el parto, y tras el nacimiento había participado en su cuidado durante tres años. La Corte también entendió que era evidente que la ex pareja había estado situado en el lugar parental; es decir, que había mantenido un vínculo con signos de permanencia con el padre biológico al tiempo del parto y a lo largo de la mayor parte de su vida, y que sus actos demostraban una clara intención de actuar como un padre. Las valoraciones en torno a su conducta en la intimidad y a su condición de HIV positivo alegadas por la parte contraria no fueron tenidas en cuenta por el juez, fallando a favor del man-

¹²⁰ Secc. 9 (2): «This section applies with respect to a pre-conception parentage agreement only if, (a) there are no more than four parties to the agreement; (b) the intended birth parent is not a surrogate, and is a party to the agreement; (c) if the child is to be conceived through sexual intercourse but not through insemination by a sperm donor, the person whose sperm is to be used for the purpose of conception is a party to the agreement; and (d) if the child is to be conceived through assisted reproduction or through insemination by a sperm donor, the spouse, if any, of the person who intends to be the birth parent is a party to the agreement, subject to subsection (3). 2016, c. 23, s. 1 (1)».

Según la sec. 7 (4) la presunción de paternidad del hombre que ha aportado el material reproductor para la concepción de un hijo derivada de relaciones sexuales, no resulta de aplicación si antes de la concepción este hombre y la progenitora intencional acuerdan por escrito que el primero no se considerará padre.

¹²¹ Disponible en: <https://www.canlii.org/en/ab/abca/doc/2013/2013abca240/2013abca240.html>

tenimiento del vínculo con el niño al entenderse que era lo que mejor respondía a su interés superior.

— En la Columbia británica canadiense, se promulgo en 2011 la ya citada Family Law Act que entró en vigor en 2013. Desde entonces se otorga validez a los acuerdos previos a la concepción derivada de la reproducción asistida por los que los comitentes y la potencial gestante, o la potencial gestante, su cónyuge o pareja y una tercera persona que actúa como donante de gametos, suscriben un acuerdo por el cual los tres serán considerados progenitores legales del niño que pueda nacer (Sec. 30 Family Law Act)¹²². Se excluye del acuerdo a la pareja de la persona que ha aportado los gametos, excepto en el caso de que esta también tenga un vínculo biológico con la persona nacida. Este sería el único caso en que según la legislación una persona podría tener la filiación determinada respecto a cuatro progenitores. Esta excepción permitiría considerar progenitores a la gestante y su pareja masculina o femenina, así como también a las personas que aportaron los gametos masculinos y femeninos si estas forman pareja.

Esta misma ley permite tres o incluso más progenitores, restringiendo tal reconocimiento a la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y siempre que medie acuerdo previo a la concepción. Por tanto, se admite legalmente la multipartentalidad aunque solo en casos principalmente de reproducción asistida, pues los casos de concepción a través de relaciones sexuales (por ejemplo, relaciones poliamorosas) se guarda silencio¹²³.

¹²² Family Law Act, disponible en; https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/11025_03

Sec. 30: «Parentage if other arrangement This section applies if there is a written agreement that (a) is made before a child is conceived through assisted reproduction, (b) is made between (i) an intended parent or the intended parents and a potential birth mother who agrees to be a parent together with the intended parent or intended parents, or (ii) the potential birth mother, a person who is married to or in a marriage-like relationship with the potential birth mother, and a donor who agrees to be a parent together with the potential birth mother and a person married to or in a marriage-like relationship with the potential birth mother, and (c) provides that (i) the potential birth mother will be the birth mother of a child conceived through assisted reproduction, and (ii) on the child's birth, the parties to the agreement will be the parents of the child. (2) On the birth of a child born as a result of assisted reproduction in the circumstances described in subsection (1), the child's parents are the parties to the agreement. (3) If an agreement described in subsection (1) is made but, before a child is conceived, a party withdraws from the agreement or dies, the agreement is deemed to be revoked».

¹²³ Sobre el primer caso de multipartentalidad bajo el régimen de esta nueva normativa (el caso de Della Wolff), así como posteriores adaptaciones y evolución de la normativa como la necesidad de reconocer el derecho a la igualdad de las familias poliamorosas, puede consultarse JARAMILLO MANZANO, *TF-REAT*, 2022, pp.46 ss.

— Por su parte, en la sec. 7612.c del Código de familia de California en vigor desde 2014¹²⁴, también se permite que un menor pueda tener más de dos progenitores legales, si un tribunal, atendiendo a todos los factores relevantes, considera que el reconocimiento de solo dos progenitores pueda causarle perjuicio¹²⁵. En todo caso, solo admite la multiparentalidad en una relación posterior al nacimiento, es decir, referentes a situaciones de hecho creadas *ex post*¹²⁶. Y su viabilidad debe ser evaluada por los tribunales en función del beneficio del niño/a. En EEUU también se han promulgado sentencias en distintos estados admitiendo la pluriparentalidad¹²⁷.

Por tanto, en este ordenamiento es el juez quien analiza la situación del menor para determinar el reconocimiento de una filiación pluriparental. Estudia si la calidad de vida del menor desde una perspectiva económica y psicológica-afectiva sería menor en el caso en el cual solo se le reconocieran dos padres legales. Si es así, se admite la pluriparentalidad para evitar un perjuicio para el menor. Se realiza un análisis casuístico y se admite la pluriparentalidad solo en los supuestos necesarios¹²⁸.

¹²⁴ Family Code, disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=3.&chapter=2.&article=

Sec. 7612.c: «In an appropriate action, a court may find that more than two persons with a claim to parentage under this division are parents if the court finds that recognizing only two parents would be detrimental to the child. In determining detriment to the child, the court shall consider all relevant factors, including, but not limited to, the harm of removing the child from a stable placement with a parent who has fulfilled the child's physical needs and the child's psychological needs for care and affection, and who has assumed that role for a substantial period of time. A finding of detriment to the child does not require a finding of unfitness of any of the parents or persons with a claim to parentage».

¹²⁵ Este ordenamiento también otorga validez a la renuncia a la paternidad realizada en un acuerdo privado. Desde 2016 se reconocen efectos vinculantes a los acuerdos de reproducción asistida, verbales o escritos, suscritos entre la potencial gestante y el hombre que aporta el esperma previamente a la concepción, por los cuales se excluye la paternidad del segundo (sec. 7613 Family Code). Por tanto, en California, los acuerdos privados reproductivos permiten la pluriparentalidad y la renuncia a la filiación si se cumplen los requisitos legales.

¹²⁶ GIOVANNINI, 2023, pp. 227-228.

¹²⁷ GARCÍA ALONSO, 2021, pp. 45-50, relata diversas sentencias de Minnesota, Pennsylvania, Florida, New Jersey o New York. También SILVA, *RDF*, 2021, pp. 9 ss.

¹²⁸ Como señala JARAMILLO MANZANO, *TF*, 2022, p. 54, en California «La ley se promulgó a raíz de la sentencia del Tribunal de Apelación de California en un caso en el cual una niña fue colocada en un orfanato después de que su madre biológica fuera a prisión, ya que ella era la única que figuraba como padre en el registro de nacimiento de la menor. El padre biológico de la niña siempre estuvo ausente en la vida de la menor, y no era un padre presunto de acuerdo con la ley porque nunca estuvo casado con la madre. La defensa intentó evitar la decisión de enviar a la niña a un orfanato argumentando que la madre estaba casada con una mujer y que esta última figuró en la vida de la niña como una madre desde su nacimiento. El tribunal comprendió la situación de la menor y advirtió la necesidad de un régimen que la protegiera, pero concluyó que dichos asuntos eran potestad del legislador, por lo que su decisión finalmente fue enviar a la niña a un orfanato, no sin incluir una invitación al legislador a analizar el caso y a reformar la ley para evitar situaciones similares en el futuro (*Boyd Law Suit*, 2015); el legislador atendió la invitación y pro-

6.2.2 Brasil

En Latinoamérica la socioafectividad adquiere un protagonismo especial. En concreto fue en Brasil donde surgió (arts. 1584 y 1593 Código civil brasileño). Se considera que la filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. En este sentido el vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, que a su vez asume responsabilidades parentales¹²⁹.

Entre otros casos, fue muy significativa y decisiva la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF), en la sentencia del Recurso Extraordinario 898.060/Santa Catarina de 21 septiembre de 2016¹³⁰, en la que reconoció la triple filiación socioafectiva¹³¹. El caso parte de la existencia de una filiación de un hombre sobre quien opera la presunción de paternidad por ser el marido de la madre, pero no resulta ser el progenitor biológico. La hija adolescente, que tiene un estrecho vínculo con el padre afectivo o jurídico, decide localizar a su padre biológico deseando que sea reconocido como progenitor sin desplazar al padre afectivo. No se desea impugnar el vínculo establecido de antemano a favor del que fue hasta entonces su padre, sino que lo que pretende es que se le reconozcan los mismos derechos de los que gozan los hijos que sí fueron reconocidos por su padre biológico, dejando entrever así cierta motivación de índole patrimonial. Tras un vaivén en las previas instancias reconociendo unas veces la filiación biológica y otras la afectiva, el STF estableció la igualdad entre la filiación biológica y la socioafectiva, admitiendo que ambos vínculos pueden coexistir y reconociendo efectos jurídicos que en el caso planteado fueron plenos para los dos padres, el biológico y el socioafectivo: *A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de*

clamó esta norma, la cual entró en su totalidad en vigencia en enero de 2020 (*Family Code*, 2013, art. 7612)». Puede consultarse también BLADILLO, *RJUAM*, 2018, pp. 135 ss.

¹²⁹ MAIA BASTOS, y CAETANO PEREIRA, *RDFS*, 2018, pp. 120-137. O a VARSÍ ROSPIGLIOSO, y CHAVES, *RDGHBMA*, 2018, p. 143, que definen la socioafectividad como el «elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirman y reafirman los vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo».

¹³⁰ BRASIL. STF – AgR RE: 898060 SC – Santa Catarina, rel. Ministro Luiz Fux, data de julgamento: 15/03/2016, data de publicação: Dje-051 18/03/2016. Analizan la sentencia PEREIRA RIBEIRO y CORDEIRO FERRAZ DE ARAÚJO, *RDFS*, 2020, pp. 1-19.

¹³¹ La socioafectividad tiene un importante anclaje en el Derecho brasileño (entre otros, DE LA TORRE, y SILVA, *RDF*, 2017; VARSÍ ROSPIGLIOSO, y CHAVES, *RDGHBMA*, 2018, p. 143; PIMENTEL PESSOA, y MOTA CABRAL, *RDFS*, 2018, pp. 60-77).

El vínculo socioafectivo es independiente de los lazos de parentesco o biológicos. Procede de la convivencia prolongada en el tiempo y del afecto.

*filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*¹³².

Posteriormente fue relevante el Recurso especial núm. 1.608.005-SC (2016/0160766-4) del Superior Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 2019, relativo a dos mujeres que tienen un hijo a través de técnicas de reproducción asistida con material reproductor de un donante conocido que ejerce de padre y consta su filiación en el certificado de nacimiento del menor. La Corte reconoció la multiparentalidad y la pareja de la madre biológica pasa a ser reconocida como madre socioafectiva, de forma que los tres constan como padre y madres del menor en su certificado de nacimiento. El Juez se apoyó en el artículo 1593 del Código civil brasileños según el cual «El parentesco es natural o civil, conforme resulte de consanguinidad u otro origen». En concreto interpretó que la reproducción asistida y la maternidad socioafectiva, pueden encuadrarse en el «otro origen» al que hace referencia el precepto, generándose de este modo una interpretación actualizada del precepto acorde con el interés superior del menor. Esta sentencia se apoyó en la sentencia anteriormente mencionada (Sentencia RE 898.060/SC del Supremo Tribunal Federal).

Mas tarde, se reconoció la multiparentalidad a nivel administrativo en la Disposición núm. 63/2017, de 14 de noviembre del Conselho Nacional de Justiça¹³³ al regular el procedimiento de reconocimiento e inscripción voluntaria de la paternidad o maternidad socioafectiva (arts. 10 a 15). En este sentido, en la inscripción de nacimiento es posible incluir más de un padre o más de una madre o incluso simultáneamente dos padres o dos madres o solo dos madres o dos padres. Esta inscripción no precisa ser aprobada por el juez, sino que se realiza a través de un procedimiento ante el Registrador del Registro civil. En concreto el artículo 10 & 2 afirma que las personas mayores de dieciocho años pueden solicitar el reconocimiento de la paternidad o maternidad socioafectiva de un hijo, independientemente del estado civil, siendo necesario el consentimiento de los hijos menores de dieciocho años (art. 11 & 4.º). Para ello, la paternidad o maternidad socioafectiva debe ser estable

¹³² Los argumentos que se aluden en la sentencia son: el derecho en busca de la felicidad derivado del principio de la dignidad humana; el reconocimiento jurídico de la socioafectividad; reconocer que los vínculos socioafectivos están en igual categoría jerárquica que los vínculos biológicos; y el principio de parentalidad responsable del padre biológico, con independencia de su ausencia o presencia del otro padre. Todo ello permite al magistrado admitir la doble filiación afirmando que la multiparentalidad es jurídicamente posible en los tiempos actuales y no tiene sentido pretender decidir entre lo afectivo y biológico cuando el interés superior del descendiente es el reconocimiento legal de ambos vínculos.

¹³³ Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Fue modificada por Resolución núm. 83/2019 el 14 de agosto de 2019.

y socialmente conocida (art. 10 A), siendo labor del Registrador comprobar la existencia del vínculo afectivo a través de una investigación objetiva para poder admitirla (art. 10 A & 1.º)¹³⁴.

6.2.3 Argentina

En Argentina, antes del 2022, ya se habían dictado una veintena de casos de triple filiación, siete de ellos en el marco de la socioafectividad y la filiación biológica¹³⁵. A pesar de que en dicho ordenamiento ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación (art. 558 del Código civil y comercial de Argentina), las sentencias acostumbra a inaplicar dicha norma¹³⁶.

Como afirma Herrera¹³⁷, en los casos en los que la socioafectividad es intensa, se prioriza el interés superior del menor, es decir, el vínculo socioafectivo generado entre el padre jurídico y el hijo, reconociendo a la nueva pareja de la madre como padre de su hijo, aunque no lo sea biológicamente. De este modo, la existencia o inexistencia de vínculo biológico no es un argumento por sí solo para resolver la determinación de la filiación. Siempre debe tenerse en cuenta la identidad dinámica, es decir, la socioafectividad entre el hijo/a y el progenitor jurídico para el éxito o no de la acción de impugnación. Precisamente por ello, en el Código argentino para impugnar la filiación se debe demostrar que no puede ser el progenitor «o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño» (arts. 589, 590 y 593). Y un argumento razonable para que no prospere la impugnación, a pesar de contar con una prueba genética que indique que el progenitor jurídico no tiene un vínculo biológico con el menor, es la socioafectividad, es decir, un fuerte lazo afectivo con el progenitor jurídico que no es el biológico.

¹³⁴ También alude a ello ÁLVAREZ ESCUDERO, 2022, p. 167.

¹³⁵ CARRIQUIRY, 2022, p. 61.

¹³⁶ Para un estudio de la jurisprudencia argentina puede consultarse BLADILO, *RJUAM*, 2018, pp. 144 ss. No toda la doctrina argentina es favorable a la multiparentalidad. MEDINA, *RJBA*, 2020, p. 101, considera que la multiparentalidad requiere un marco legal y se cuestiona la intervención judicial que juzga si la multiparentalidad es beneficiosa para el interés superior del niño, porque esa actuación, al depender de cada juez, puede ser contraria a la seguridad jurídica.

¹³⁷ HERRERA, 2022, p. 366. La autora menciona sentencias en las que también se ha recurrido a la socioafectividad en situaciones de triple filiación que comprometen otras fuentes filiales como la filiación adoptiva y la derivada de las técnicas de reproducción asistida (pp. 370 y 371).

Así, entre muchos otros casos, el Juzgado de Familia de la 4.^a Nominación de Córdoba, de 28 junio 2010, A.S.G.C/M.V.S. y otros s/ medidas urgentes, tras una ruptura de la pareja estableció un régimen de comunicación a favor de la ex pareja lesbiana de la madre biológica de un niño, fruto de una TRHA consentida por todas las partes involucradas, con semen de un hombre unido también en pareja con otro hombre. La pareja de la madre había convivido con el niño ejerciendo su función de progenitora junto con la madre biológica. Entre los argumentos expuestos por la jueza interviniente, se expresó que en la historia vital del niño, desde su concepción hasta su nacimiento, se reconoce como figura relevante a la actora. En tal contexto fáctico, se resaltó que «la Señora A. no puede considerarse ajena ni extraña al mundo emotivo del niño y por ello negarle la posibilidad de contactarse con V., no sólo perjudica al niño porque le obstaculiza la posibilidad de acercarse a afectos importantes en su vida, sino porque no tiene ningún justificativo, máxime cuando la madre biológica acordó y accedió a este tipo de concepción familiar en su inicio, de la cual forma parte inescindible la actora. [...] Por ello cuando V. nació, en el contexto histórico-afectivo-individual que sus padres biológicos eligieron para él no era simplemente autorreferente la elección que hicieron, puesto que el niño se constituía en un sujeto de derecho con esa historia y no otra». La jueza, además de fijar un régimen de comunicación, consideró que la relación entre el niño y la ex pareja de quien dio a luz constituía una «calificación maternal o familiar del contacto». En este sentido, se estimó la necesidad de «distinguir el parentesco de sangre o legal, de aquel que se establece por la fuerza de los hechos (o los afectos) y que cuenta con una aceptación social que lo legitima, aun cuando desde el punto de vista normológico carezca de recepción». De esta manera, se entendió que en este caso «aparece con mucha fuerza el concepto de “socioafectividad”, definido como el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo, convirtiéndose paulatinamente, conjuntamente con el criterio jurídico y biológico, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental».

Otro supuesto en el que se admite una triple filiación es el caso del Juzgado de Familia de Monteros, Tucumán, el 7 de febrero de 2020¹³⁸. Se trata del derecho de una niña a no tener que elegir quién debe ser considerado como padre puesto que dos personas

¹³⁸ Juz. Civl. Fam. y Suc., Única Nom., Monteros, 07/02/2020, «L.F.F. c/ S.C.O. s/ FILIACION», disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/02/fallos48522.pdf>

cumplen con el rol paterno y la niña pretende que ambos sean reconocidos en el plano jurídico. La jueza decreta la inconstitucionalidad del artículo 558.3 Código civil y comercial, que en su última parte limita los vínculos filiales a un máximo de dos al disponer que «Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación». Entre los argumentos que se esgrimen se encuentra la socioafectividad.

Destaca también la sentencia de 10 de agosto de 2021, de Páez Ignacio c/ Díaz, Sebastián—Impugnación de filiación «Expte. núm. 16725/20 Juzgado Primera Instancia de Personas y Familia, 2.ª Nominación del Distrito Judicial Orán, Provincia de Salta, República Argentina. El actor mantuvo una relación sentimental con una mujer. Tras un año de la separación supo que dicha mujer había tenido un hijo suyo y el actor le comunicó su deseo de hacerse cargo del niño. Unas semanas más tarde, fallece la madre. El actor demanda a la nueva pareja de la madre, el cual acompañó a la madre durante todo el embarazo y convivió con el hijo de corta edad. La nueva pareja afirma que, de producirse el desplazamiento en su rol como progenitor, impactaría de forma perjudicial en la personalidad del niño, por las secuelas de perder primero a su madre y luego a su padre. Se solicita que se reconozca la pluriparentalidad, protegiendo el vínculo socioafectivo que tiene el niño con el resto del grupo familiar. El tribunal reconoce la triple filiación. Afirma que «(e)l quiebre del binarismo filial, obliga a repensar los vínculos filiales desde la autonomía de la voluntad (en el caso de las TRHA) y la socioafectividad, más que en el orden público».

Para terminar con el ordenamiento argentino, ha sido relevante la sentencia de 11 de abril de 2022 del Juzgado de Familia de la 3.ª Nominación de Córdoba¹³⁹, el primer caso resuelto en el Derecho argentino que, en consonancia con lo acontecido en el Derecho brasileiro, reconoce a la filiación socioafectiva como una causa autónoma de la filiación, junto con la filiación biológica, adoptiva y derivada de las técnicas de reproducción asistida. Se solicita el reconocimiento del vínculo filial por parte de un hombre que tiene un fuerte vínculo afectivo con la hija, ya adolescente, de su ex pareja que cuenta con doble vínculo filial. La acción judicial tuvo por finalidad reconocer al actor como padre de una persona que poseía el máximo de dos vínculos filiales tal como establece la legislación civil. La petición contaba con la conformidad de la propia adolescente y resolvió en su interés superior y en el respeto por

¹³⁹ Juzgado de Familia de 3.ª Nominación de Córdoba, 11/04/2022, «E.M.M. c. A.R.D.V. y otros s/ Acciones de filiación», LL, TR LALEY AR/JUR/68258/2022.

«la determinación de la familia que se desea construir». La sentencia señala que «La filiación socioafectiva no se basa en un hecho biológico ni en la voluntad procreacional, tampoco surge de un proceso adoptivo. Por el contrario, el elemento central de este tipo filiatorio se encuentra en la realización de múltiples y diversos actos sostenidos a lo largo del tiempo que nos permiten apreciar que existe una verdadera voluntad de ejercer el rol paterno y consecuentemente el de hijo/a».

Cabe destacar que se ha presentado el proyecto de ley S-1116/2022, por parte de la senadora López Valverde, en el cual se propone modificar la última parte del artículo 558 del Código Civil y Comercial en el sentido siguiente: «Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación, salvo que por las particularidades de caso el niño con edad y madurez suficiente manifieste su voluntad inequívoca de tener más de dos vínculos filiales»¹⁴⁰.

6.2.4 Colombia

En Colombia ha habido un desarrollo interesante sobre el concepto de familia, particularmente en los últimos veinte años. La definición de familia previsto en el artículo 42 de su Constitución es suficientemente amplia para que la jurisprudencia, particularmente de la Corte Constitucional, la haya extendido más allá de los lazos biológicos, y hoy la analice con base en los vínculos socio afectivos¹⁴¹. Para ello, al igual que sucede en otros países, se recurre al control de constitucionalidad difuso que «permite inaplicar normas que su aplicación, en el caso concreto, generen vulneración al derecho fundamental del niño a tener una familia, su propia familia»¹⁴². Es decir, la filiación binaria de los ordenamientos jurídicos (solo es posible tener dos progenitores), choca con los princi-

¹⁴⁰ HERRERA, 2022, p. 392.

¹⁴¹ Respecto a la evolución del concepto de familia, en la Sentencia T-070/15 de 18 febrero 2015 se advierte que «El pluralismo y la evolución de las relaciones humanas en Colombia, tiene como consecuencia la formación de distintos tipos de familias, diferentes a aquellas que se consideraban tradicionales, como lo era la familia biológica. Por lo que es necesario que el derecho se ajuste a las realidades jurídicas, reconociendo y brindando protección a aquellas relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de hecho, las cuales surgen en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respecto, protección y asistencia. La protección constitucional a la familia se extiende tanto a las familias formadas por vínculos jurídicos o de consanguinidad, como aquellas que surgen de hecho, “atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia” donde conceptos como la convivencia, el afecto, la protección, el auxilio y respeto consolidan el núcleo familiar, por lo que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger a los integrantes de tales familias».

¹⁴² AGUIRRE MESA, *RP*, 2021, pp. 144.

pios de igualdad, no discriminación, identidad, e interés superior del menor, haciendo predominar estos últimos si se solicita la excepción de constitucionalidad sobre las normas que regulan el sistema de filiación binario¹⁴³. Jurisprudencialmente se ha definido a la familia como «aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos»; y su protección «no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia» (Sentencia T-070/15 de 18 de febrero de 2015).

En cuanto a la multiparentalidad, la STC8697-2021 de 19 julio de 2021, resolvió el caso de un padre socioafectivo que pretendía no ser desplazado por el padre biológico por ser este el único vínculo legal posible respecto a su hija. El tribunal señala que «Es pacífico que el esquema o paradigma original de la familia ha ido y seguirá adaptándose conforme pasa el tiempo, por cuanto la sociedad presenta novedosas formas de interrelación, dejando atrás la concepción de que la familia únicamente es la de un hombre y una mujer que deciden conformarla y sus hijos comunes, sino que puede tener diversas expresiones, como por ejemplo las familias ensambladas, monoparentales, heteroafectivas, homoafectivas, ampliadas e, incluso, pluriparentales». El tribunal acepta la multiparentalidad: «de tal suerte que en el derecho comparado se reconoce que la pluriparentalidad, multiparentesco o multifiliación tiene su origen bien en la participación en el nacimiento de un niño o niña con apoyo en técnicas de reproducción asistida, o por la voluntariedad de acoger a una persona como parte del núcleo familiar después de su concepción. Posibilidad que, *prima facie*, es compatible con nuestro sistema de derecho, amén de la referida protección constitucional de todas las formas de familias, así como la salvaguarda prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de sus derechos». El Juez ordenó la protección judicial de vínculo socioafectivo (dentro del contexto de las nuevas formas de multiparentesco, exhortando al vinculado a actuar sin excesos), aunque la filiación no estuviera inscrita en el registro civil.

¹⁴³ *Idem*, p. 148.

6.2.5 Cuba

Cuba es el primer país latinoamericano que regula la multiparentalidad, aunque le otorga un carácter excepcional. El Código de las familias de 2022 (Ley 156/2022), admite más bien el parentesco socioafectivo con carácter excepcional en su artículo 21 que lo define como aquel que «1. Se sustenta en la voluntad y en el comportamiento entre personas vinculadas afectivamente por una relación estable y sostenida en el tiempo, que pueda justificar una filiación. 2. El parentesco socioafectivo es reconocido excepcionalmente y tiene los mismos efectos que el parentesco consanguíneo, conforme a las pautas establecidas en el artículo 59.2 de este Código». Además, el artículo 55, bajo el título de *Doble vínculo filiatorio*, afirma que: «1. Como regla general, las hijas y los hijos tienen dos vínculos filiatorios. 2. Cuando se tiene un vínculo filiatorio se está en presencia de la monoparentalidad y con más de dos vínculos filiatorios, de la multiparentalidad».

En cuanto al régimen de la multiparentalidad, el artículo 56 (Excepcionalidad de la multiparentalidad) se expresa en los términos siguientes: «1. Excepcionalmente, una persona puede tener más de dos vínculos filiatorios, sea por causas originarias, o por causas sobrevenidas. 2. Cualquiera sea la causa, el vínculo filiatorio queda legalmente conformado con independencia del lazo biológico o el componente genético de las personas implicadas. 3. Para la determinación de los apellidos y el orden de estos, si la hija o el hijo es menor de edad, se toma en cuenta por el tribunal lo que resulte más beneficioso, conforme a su interés superior y el respeto a su identidad».

El ordenamiento cubano diferencia, por una parte, la multiparentalidad originaria o primigenia (art. 56 Código de las familias), cuyo origen está en la voluntad manifestada en un acuerdo o plan de parentalidad en el que confluyen una pareja homo o heterosexual a la que se suma una tercera persona portadora de los gametos o del vientre haciendo uso de técnicas de reproducción asistida o cualquier otro supuesto que prevea un acuerdo sobre multiparentalidad como la inseminación doméstica, sin existir el anonimato del donante o gestante. Por otra parte, la multiparentalidad sobrevenida (art. 58 Código de las familias), en la cual el hijo ya tiene determinada la biparentalidad y se suma la filiación socioafectiva una vez se prueba la posesión de estado o en los casos de adopción por integración¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Como señala PÉREZ GALLARDO, 2022, p. 205 «Mientras la multiparentalidad primigenia se reconoce en sede extrajudicial, sobre la base de la sola voluntad procreacio-

Cabe destacar que el Código cubano admite la multiparentalidad de cuatro personas: artículos 57.2 y 3: «2. En todo caso, las personas que asumen este proyecto de vida en común para tener un hijo o hija con otra pareja, si son casadas o tienen constituida una unión de hecho afectiva inscripta, necesitan el asentimiento de su respectivo cónyuge o pareja de hecho afectiva en relación con el cual no existe la presunción filiatoria a que alude el Artículo 66 de este Código. 3. En los casos a que se refiere el apartado anterior, si el cónyuge o pareja de hecho afectiva quiere asumir también la maternidad o la paternidad tiene que expresar su voluntad a tal fin ante el registrador del Estado Civil, como el resto de las personas que participan del acuerdo de multiparentalidad».

Otro supuesto de multiparentalidad se prevé en el artículo 103 Código de familias que admite la posibilidad de que la adopción por integración (aquella que opera respecto al hijo de uno de los cónyuges o de la pareja de hecho afectiva), permita mantener el vínculo biológico al que se suma el vínculo adoptivo, sustentado también en la afectividad del hijo con el padre o madre afín, convirtiéndose en una excepción a la regla de que con la adopción se extinguen los vínculos de filiación anteriores, según lo dispone el artículo 95 del Código de familias¹⁴⁵.

6.2.6 Europa

El tema de la multiparentalidad no está todavía muy desarrollado en Europa y no hay un reconocimiento legal, lo que suele expul-

nal y el plan de parentalidad, con la consiguiente inscripción registral que constituirá título de legitimación del estado civil, la multiparentalidad sobreviniente es una consecuencia jurídica del reconocimiento en sede judicial de un nuevo emplazamiento filiatorio socioafectivo, ya sea materno o paterno, o de un nuevo emplazamiento filiatorio biológico que se suma a los dos ya determinados, que se mantienen subsistentes sin motivar desplazamiento alguno». En concreto es el artículo 59 en el que se regula la multiparentalidad sobreviniente con motivo de la socioafectividad y las circunstancias que deben tener en cuenta para su reconocimiento judicial son «la probada presencia de un vínculo socioafectivo familiar notorio y estable, con independencia de la existencia o no de un lazo biológico entre una persona y la hija o el hijo; con el comportamiento de quien como madre o padre legal ha cumplido meritoriamente los deberes que le competen en razón de la paternidad o maternidad social y familiarmente construida, y de quienes por su intención, voluntad y actuación se pueda presumir que son madres o padres».

¹⁴⁵ Artículo 103. Adopción por integración. Uno de los cónyuges o la pareja de hecho afectiva puede adoptar a la hija o el hijo del otro si no fuere conocido el otro progenitor o si la madre o el padre de dicha persona menor de edad que se pretende adoptar consintiera, hubiera fallecido o hubiera sido privado de la responsabilidad parental, sin que con ello se extingan necesariamente los vínculos jurídicos filiatorios y de parentesco que existan entre el adoptado y su madre o padre y su familia de origen, tomando en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso, lo cual puede generar la multiparentalidad.

sar esta figura de las estadísticas¹⁴⁶. Sin embargo, países como los Países Bajos¹⁴⁷ y en Bélgica, se ha empezado a reflexionar sobre el tema. Ambos países carecen de un marco normativo en la que se admita la pluriparentalidad, por lo que los acuerdos orales o escritos entre más de dos progenitores, que estipulen una realidad diferente a la prevista dentro de los límites legales del Derecho de familia, siguen siendo inaplicables en ambas jurisdicciones.

En los Países Bajos se ha dado a conocer un informe de un Comité Gubernamental favorable a los acuerdos reproductivos privados celebrados antes del nacimiento y homologados judicialmente. Los requisitos son: el seguimiento del interés superior del menor, que no exista oposición de las partes, transferir la filiación a un máximo de cuatro progenitores legales con residencia en un máximo de dos hogares, nombrar un tutor para salvaguardar el interés superior del futuro hijo una vez evaluado el acuerdo por un tribunal y tras la aprobación judicial el acuerdo los progenitores presentarán al Registro civil las actas de aceptación de la paternidad antes de que nazca el niño¹⁴⁸.

En Bélgica no se admiten los acuerdos de multiparentalidad y, como principio, se sigue el límite de dos progenitores, pero excepcionalmente, al permitirse la adopción simple (art. 343&2 Código civil belga), el ordenamiento admite la posibilidad de que existan vínculos multiparentales con un máximo de cuatro personas (familia originaria y adoptante). Estas adopciones simples suelen practicarse por parte de las nuevas parejas de los progenitores, pero el niño o niña solo puede ser adoptado una vez¹⁴⁹. En sentido similar en Argentina el artículo 621 del Código civil y Comercial regula la

¹⁴⁶ CAMMU, *CJFL*, 2019, p. 286; añade que este desconocimiento legal genera una discrepancia entre la realidad social y legal.

¹⁴⁷ Los medios de comunicación se hicieron eco del caso de cinco personas (una trijeja de tres hombres y una pareja de mujeres) que formalizaron un contrato ante notario en el que se comprometían a asumir la crianza de un hijo que consta inscripto como hijo de uno de los varones y una de las mujeres, quien es la madre biológica, puesto que en Países Bajos no admite la multiparentalidad. (SPARJER, *VICE*).

¹⁴⁸ GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *Child and parents in the 21st century. Report of the Government Committee on the Reassessment of Parenthood*, Xerox/OBT, The Hague, 2016.

Como pone de manifiesto la interesante monografía de GIOVANNINI, 2023, p. 226, en un principio «el proyecto esbozaba una solución completa, aunque prudente, sobre el tipo de acuerdos potencialmente permitidos y automáticamente ejecutables desde el momento del nacimiento. La propuesta planteada por los expertos fue rechazada. Sin embargo, el gobierno declaró que quería considerar la cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad parental, y no de la filiación, y presentó una nueva propuesta que suponía hasta dos personas más, aparte de los padres legalmente determinados como tales».

¹⁴⁹ SWENNEN, 2016, pp. 11 ss. (Citado por CAMMU, *CJFL*, 2019, p. 294, nota 37). Desde 2017, en virtud de la reforma por *Wet tot wijziging van de wetgeving tot invoering van een statuut voor pleegzorgers*, BS, 19 March 2017, 48369 [Foster parents statute], los padres adoptivos tienen cierta responsabilidad parental (arts 387quinquies, 475bis Código civil belga), especialmente las decisiones cotidianas, no las relevantes (descartadas esta

adopción plena o simple y permite, a instancia de parte o de oficio, si es lo más conveniente para el menor, «mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia adoptante en la adopción simple».

Como nos advierte Farnós Amorós¹⁵⁰, el reconocimiento de efectos legales a acuerdos privados originados en la reproducción sexual, la inseminación doméstica o las técnicas de reproducción asistida practicadas en un centro, nos acerca a las formas colaborativas de paternidad y maternidad. Pero sería pertinente determinar *ex ante* las condiciones en que se llevaría a cabo la convivencia durante las relaciones y en caso de crisis siendo preciso un control judicial de dichos acuerdos.

La duda es si es positivo para los menores tener diversos progenitores. La respuesta exige un estudio psicológico y sociológico complementario. Los retos jurídicos a los que se afronta el tema son inmensos. Lo evidente es que a cuantos más progenitores haya más riesgo de conflictos, que aumentan en caso de crisis familiares¹⁵¹. Y los hijos en la edad adulta tendrán responsabilidades frente a más de dos personas. En todo caso, legitimar la multiparentalidad resultante de los acuerdos descritos implica la entrada de nuevos modelos familiares que, como hemos visto, ya no son ajenos a la realidad.

7. RELACIONES EN LAS QUE EL GÉNERO DE LOS IMPLICADOS HA CAMBIADO

No queremos terminar sin simplemente apuntar las situaciones en las que alguno de los miembros de la pareja ha cambiado de género¹⁵². La *Ley 4/2023 de 28 febrero para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI* ha reformado unos cuantos preceptos del CC entre ellos el artículo 120. Como se advierte en la exposición de motivos II, «la sustitución del término “padre” en el artículo 120.1.º por la expresión “padre o progenitor no gestante” supone la posibi-

últimas en febrero de 2019 en la Corte Constitucional: Grondwettelijk Hof (Constitutional Court), Brussels, 28 February 2019, No 36/2019 (Belgium) at 31.

¹⁵⁰ FARNÓS AMORÓS, 2019, pp. 278 ss.; 2022, pp. 111 y 112; FERRER RIBA, *RDF*, 2018, pp. 165, 166 y 177; GARCÍA RUBIO, 2022 (a), p. 219; DE LA TORRE, Y SILVA, *RDF*, 2017, p. 4 se plantean también los problemas que pueden generarse tras el reconocimiento de la multiparentalidad.

¹⁵¹ BUDZIKIEWICK, 2014, p. 165.

¹⁵² GARCIA RUBIO, 2021 (b), p. 285.

lidad para las parejas de mujeres y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad para gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales».

Es posible que estemos ante un modelo familiar compuesto por una pareja inicialmente heterosexual con hijos nacidos de dicha unión, pero que, en un momento posterior, el hombre cambia de género a mujer y decide con su pareja tener un nuevo hijo, aunque esta vez la mujer trans quiere constar como madre no como padre, a pesar de haber aportado ella el esperma. O al revés, la mujer cambia de género a hombre, decide con su pareja tener un nuevo hijo, pero el hombre trans quiere constar como padre, a pesar de haber gestado al hijo¹⁵³.

Es el caso que se resolvió en Francia en la sentencia de 16 de septiembre de 2020 por la Corte de casación francesa¹⁵⁴. La Corte denegó que la mujer trans pudiera constar en el registro como madre. Se argumentó que de este modo se preservaba el interés del hijo en tener reconocida la paternidad biológica, se garantizaba el derecho del hijo a conocer sus orígenes personales y se evitaba la discriminación con los otros hermanos.

El TEDH se ha manifestado recientemente sobre el tema en dos sentencias de 4 de abril de 2023. En el caso A.H. y otros contra Alemania 7246/20 de 4 de abril de 2023, A.H, nacido de sexo masculino pero perteneciente al sexo femenino desde el año 2012 por sentencia judicial, fecunda a G.H. de cuya unión nace un hijo en 2015. Cuando pretenden inscribir al hijo en el Registro civil constando las dos como madres las autoridades alemanas inscriben a G.H. como madre negando tal posibilidad a A.H. a quien proponen ser inscrito como padre. En el caso O.H. y G.H. contra Alemania, 53568/18 y 54741/18 de 4 abril de 2023, O.H. nacido de sexo femenino pero perteneciente al sexo masculino desde el año 2011 por sentencia judicial, una vez obtenido el reconocimiento de su pertenencia al sexo masculino, interrumpió su tratamiento hormonal recuperando su fertilidad dando a luz en 2013 a su hijo con la ayuda del esperma de un donante. O.H. pretende ser inscrito en el Registro Civil como padre, pero las autoridades alemanas rechazan esta pretensión inscribiéndole como madre del niño, es decir, con la identidad que tenía antes del cambio de sexo. En ambos casos se alega por parte de los demandantes una violación del artículo 8 del

¹⁵³ Para un estudio profundo del tema y un severo análisis jurisprudencial GARCÍA RUBIO, *La Ley Derecho de Familia*, 2021. La autora es defensora de la superación del binarismo en la mención al padre o madre en la inscripción de nacimiento y de buscar términos genéricos y neutrales que no hagan alusión al sexo o género del ascendiente.

¹⁵⁴ ECLI:FR:CCAS:2020:C100519

Convenio Europeo de Derechos Humanos por violar el respeto a la vida privada y familiar. El Tribunal afirma que no existe tal violación. Dado el amplio margen que otorga el Convenio a los Estados miembros, solo Bélgica, Malta, Eslovenia, Suecia e Islandia establecen que en el Registro civil debe figurar el nuevo sexo reconocido, pero la mayoría de los países continúa designando a la persona que ha dado a luz como su madre permitiendo que la persona que aporta el material reproductor sea reconocida como padre. El Tribunal considera que las autoridades alemanas han guardado un equilibrio justo ente los derechos de los padres, los intereses de los hijos y las consideraciones relativas a su bienestar y los intereses públicos.

En España, destaca la STJ Valencia de 28 septiembre 2017¹⁵⁵ en la que se declara vulnerado el derecho a la igualdad de un hombre trans y su esposa, a quienes se les negó la financiación de los tratamientos de fertilidad para poder tener descendencia. La sentencia reconoce el derecho de una persona trans a que le fuera financiado por su mutua el tratamiento de fertilidad al que debía someterse su pareja con su material genético. En este caso, el hombre, una vez diagnosticada la disforia de género y antes de iniciar el proceso hormonal, se sometió a la estimulación ovárica lo que permitió congelar diversos ovocitos con el fin que su esposa se sometiera al método ROPA, con el esperma de un donante. La mutua se negó a financiar el tratamiento y no se realizó puesto que la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que debía de autorizarlo no lo hizo.

Ya se han levantado voces en la doctrina¹⁵⁶ señalando que es preciso determinar la filiación respecto de personas trans que solicitan constar como madre o padre de acuerdo con su género adquirido y ya modificado legalmente. Este género adquirido no se corresponde con el asignado en el momento del nacimiento lo que hace posible la contribución biológica a la concepción, ya sea gestante y/o aportante de óvulo o esperma. Ya se han manifestado los tribunales sobre interesantes supuestos en los que un hombre y una mujer trans pretendían constar como padre y madre respectivamente de los hijos nacidos a partir de las aportaciones resultantes de su sexo biológico, el cual, en el momento de nacer el hijo ya no se correspondía con su género legal. Sin embargo, estos casos esca-

¹⁵⁵ ECLI:ES:TSJCV:2017:4183

¹⁵⁶ GARCÍA RUBIO, *La Ley Derecho de Familia*, 2021, pp. 6 ss (la autora distingue supuestos de transición antes o después del nacimiento) o FARNÓS AMORÓS, 2023, pp. 95 ss., En ambos trabajos se analizan interesantes casos de hombres que dan a luz y de mujeres proveedoras de esperma.

pan del objetivo de este trabajo, por ello remitimos a los trabajos especializados en la materia¹⁵⁷.

8. UN APUNTE FINAL

La primera línea de *Ana Karenina*, de León Tolstói, es una de las más conocidas de la literatura universal: «Todas las familias felices se parecen unas a otras, pero cada familia infeliz lo es a su manera». Adaptando la frase a nuestro tema podemos decir que, hasta hace pocas décadas, todas las familias se parecían unas a otras, pero actualmente cada familia lo es a su manera.

Estas *maneras de ser* las familias, evolucionan continuamente. Por una parte, las estadísticas nos demuestran que el nivel de compromiso entre las personas no disminuye, aunque sí lo hacen las relaciones fundamentadas en el matrimonio. Pensemos en dos hermanos que deciden apoyarse mutuamente a nivel emocional y económico a largo plazo. No son cónyuges, pero se preocupan profundamente el uno del otro a lo largo de sus vidas y si surgen problemas económicos o personales, se comprometen a apoyarse mutuamente¹⁵⁸. ¿Pueden considerarse familia? Hemos visto que en Cataluña se conciben como situaciones convivenciales de ayuda mutua. Por otra parte, observamos que la esperanza de vida aumenta progresivamente y las relaciones «para toda la vida» son y serán cada vez más excepcionales, pues aumentan los divorcios, surgen nuevas relaciones, etc. Además, el factor biológico cada vez es más irrelevante. La SAP Murcia de 20 abril 2023¹⁵⁹ es muestra de ello al atribuir la custodia de la hija a la madre no biológica en un matrimonio homosexual. No se acude a criterios biológicos para atribuir el ejercicio de la custodia de la menor, sino que se atiende a quién puede desempeñar mejor dicha custodia, teniendo presente el interés superior de la menor. Esta evolución nos conduce al surgimiento de nuevos modelos de familia o al incremento de la diversidad familiar. La familia no es algo que «es» sino algo que se «hace» en la práctica diaria.

El surgimiento de nuevos modelos de familia es fruto, por una parte, del progreso y evolución social, especialmente derivado del aumento de los divorcios, del reconocimiento de muchos tipos de uniones y el incremento del uso de técnicas de reproducción asistida. A lo largo de este trabajo, hemos visto que hay países que ya

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ PALAZZO, 2021, p. 3.

¹⁵⁹ ECLI:ES:APMU:2023:1152.

han progresado en esta línea y han realizado una conquista jurídica reconociendo, con distinta intensidad, estos nuevos modelos (especialmente, Canadá, EE.UU. y algunos países de Latinoamérica). Por otra parte, la evolución de nuestro modelo de familia se ve influido por la presencia en nuestro tráfico jurídico privado de personas procedentes de culturas o entornos jurídicos distintos que introducen en nuestras sociedades instituciones, figuras o modelos muy alejadas de las nuestras. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de Alemania de 8 de marzo de 2023¹⁶⁰ que ha resuelto el caso de una mujer iraní-alemana que se casó con un iraní en 1996 disolviéndose el matrimonio por talaq en Irán en 2006 (divorcio no reconocido en Alemania). La mujer contrajo nuevo matrimonio en 2009 con otro iraní en Irán y tuvo dos hijos en 2010 y 2013 residiendo en Alemania desde entonces. El segundo marido estaba inscrito como padre en Alemania, pero el registro alemán quiso corregir esta inscripción a favor del primer marido, puesto que al no reconocerse el divorcio era preciso aplicar el párrafo 1592 BGB que considera al marido de la madre en el momento de nacimiento como padre legal de los niños. ¿Quién estaba efectivamente casado con la madre en el momento del nacimiento de los hijos? Tras un curioso descuadre jurídico al aplicar las normas según el Derecho internacional privado y para evitar un resultado paradójico, pues el segundo matrimonio no sería nulo en ninguno de los dos sistemas jurídicos si se analizaran de forma individual en cada uno de ellos, el tribunal alemán de forma excepcional aplica la ley alemana (menos estricta), y según este ordenamiento, dado que, en el momento del nacimiento existían dos matrimonios, resuelve la doble presunción de paternidad mediante la aplicación analógica del párrafo 1593.3 BGB según el cual si un hijo puede ser considerado a la vez hijo del exmarido y del marido actual, debe considerarse únicamente hijo del segundo¹⁶¹.

Hay que pensar en cómo adaptar e integrar los nuevos modelos familiares a un esquema jurídico pensado para una sociedad binaria (matrimonio de dos personas, dos sexos, hijos con doble víncu-

¹⁶⁰ Disponible en file:///G:/Mi%20unidad/Congreso%20Familia%20abril%2023/Conferencia%20ADFAS%20abril%2023/STS%20Alemania%208%20marzo%2023%20iran.pdf

¹⁶¹ WODNIANSKY-WILDENFELD, *Blog EAPIL*, 2023. Otro supuesto de fricciones entre ordenamientos con modelos familiares distintos, es la STC de Alemania de 1 de febrero de 2023 -1BvL 7/18-, Rn. 1-194, respecto a un tema de edad para contraer matrimonio (En Alemania se promulgó una ley en 2017 para hacer frente al matrimonio infantil estableciendo la anulabilidad de los matrimonios celebrados bajo la ley extranjera si uno de los cónyuges era menor de 18 años en el momento del matrimonio y nulos y sin efectos si eran menores de 16 años. Sin embargo, el TC de Alemania ha considerado que dicha ley es contraria al *ius nubendi*). Sentencia disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2023/02/1s20230201_1bvl000718.html

lo filial, etc.), y enormemente permeable a otras culturas jurídicas. La CE constituyó un hito en la remodelación el Derecho de familia español; actualmente el reto es el escrupuloso respeto a los Derechos humanos en todas las facetas de las relaciones jurídico familiares. En esta tarea la jurisprudencia, sobre todo la supranacional, está jugando un papel decisivo y es de esperar que nuestro legislador tome el relevo.

El reto del jurista no es elegir algunos de los modelos de familia que se han descrito anteriormente y obviar otros, sino que el legislador debe acomodar los modelos existentes en la sociedad al Derecho, debe dar respuesta a las nuevas realidades, lo cual en ningún caso debe implicar el desplazamiento de los modelos ya consolidados socialmente. Como advierte Verdura Servet, hay que redefinir jurídicamente los modelos de familia y, a su vez, las funciones o posiciones asignadas a quienes forman parte de la misma¹⁶². No se trata de descartar nada, sino de intentar integrarlo todo.

Vivimos tiempos de cambio¹⁶³ y la familia es un fiel reflejo de ello. Nada que no hayamos visto antes, pues como nos manifestó Díez-Picazo, al poco tiempo de las reformas postconstitucionales el panorama cambió súbitamente con la erupción de tres materias imprevistas que alteraron un sistema del Derecho de familia que parecía estable para mucho tiempo (la transexualidad, la filiación por técnicas de reproducción asistida y las uniones de hecho). La gran diferencia es que ahora los cambios se han acelerado y multiplicado.

Por ello la situación actual requiere de una profunda adaptación del Derecho de familia a la sociedad contemporánea, lo que implica reformas en nuestro ordenamiento, entre otras, el de la regulación de la filiación superando la clasificación entre filiación matrimonial y no matrimonial, sin olvidar el reconocimiento como mecanismo de determinación extrajudicial de la filiación o la admisión de la multiparentalidad¹⁶⁴, incorporando la extensión de los

¹⁶² VERDURA SERVER, *DPyC*, 2016, pp. 118-120, considera el autor que hay que determinar «la posición de quien ha contraído matrimonio o convive *more uxoria* con la madre o el padre. La falta de respuesta legal empuja a los reconocimientos de complacencia (...) Y ello es así porque en el Código civil o se es padre o no se es nada», añadiendo la postura de LAUFER-ÜKELES, y BLECHER-PRIGAT, *GMLR*, 2013, p. 422, que consideran un error tratar de modelar la posición de los padres funcionales a partir de la de los padres formales y tratar de insertar a los padres funcionales en el mismo molde mediante la ampliación del término «padre».

¹⁶³ «Cambio» también es la palabra que se usa en el título de la obra de DUDEN, y WEIDEMAN, *Changing families, Changing Family Law in Europe*, que en el momento de cierre del presente trabajo no se ha podido consultar por no estar aún en el mercado.

¹⁶⁴ Ya se observan estas demandas por parte de hijos que han nacido en el seno de una familia multiparental. Es el caso de Atkinson, australiano de 30 años, que creció con una pareja de dos mujeres, y su padre biológico (el hermano de una de ellas que aportó el material reproductor para la inseminación). El chico quiere modificar su partida de naci-

efectos jurídicos de la filiación y responsabilidad parental a los hijos nacidos de uniones pluriparentales, o eliminar en la regulación de la filiación las expresiones no neutras desde el punto de vista de género, pues resultaría también útil para abordar la regulación de la filiación de las personas trans¹⁶⁵. Todos estos cambios, y otros más, sería conveniente que fueran perfilados o revisados judicialmente, siendo el interés superior del menor, el respeto o la solidaridad los principios inspiradores.

Pero las repercusiones de estos nuevos planteamientos, por ejemplo, la existencia de una pluralidad de padres y madres o la determinación de la filiación de las personas trans, afectarán también en ámbitos como el régimen económico, las relaciones filiales, la vecindad civil, el derecho al nombre, etc., sin olvidar el respeto de los derechos fundamentales de las personas trans. Por ello consideramos que sería oportuno replantear el Derecho de familia en general dando cada vez más cabida a la autonomía de la voluntad y también a la decisión judicial cuando sea necesario, sin olvidar el derecho contractual y nuevos enfoques registrales a los que hemos aludido con anterioridad.

En nuestra opinión un elemento decisivo en todo este enfoque es la «ética del cuidado», es decir, pensar en la familia como una relación marcada por el cuidado, el apego, la compasión o la preocupación mutua; por la expectativa de crear un vínculo duradero, un compromiso profundo y una interdependencia emocional y económica¹⁶⁶. El cuidado implica una actividad de ayuda de una persona a otra para atender a sus necesidades biológicas o a su desarrollo¹⁶⁷. Al «cuidado» se refieren los preceptos relativos a los derechos y deberes de los cónyuges, por ejemplo, el artículo 68 CC alude expresamente al «cuidado y atención de los ascendiente y descendientes y otras personas dependientes a su cargo» o al referirse a «socorrerse mutuamente»; también el artículo 67 CC al

miento y que refleje a sus tres progenitores/as. Sin embargo, el *Status of Children Act* de Australia no contempla la posibilidad de más de dos progenitores para una misma persona (CORMACK, *Sydney Morning Herald*).

¹⁶⁵ FARNÓS AMORÓS, 2023, p. 118.

¹⁶⁶ Sobre el principio de cuidado, PAU PEDRÓN, *RDC*, pp. 3 ss.; como contenido del mismo el autor se refiere al cuidado como actitud y actividad (pp. 15 y 16). Véase también VARELA CASTRO, 2021, pp. 1007 ss., para quien el discurso del cuidado es «el reconocimiento de que, en nuestro día a día, las personas concretas vivimos de y para las relaciones con otras personas concretas con las que convivimos y que, en muchas de esas relaciones, subyace un vínculo de unión que nos ata mutuamente y frente al que reaccionamos con cuidado» (p. 1017).

¹⁶⁷ Como advierte VARELA CASTRO, 2021, p. 1029, «el cuidado brinda la oportunidad de ordenar la experiencia familiar teniendo en cuenta, no solo la proximidad por parentesco sino también la proximidad relacional y profundizar, así, en un Derecho de las familias».

expresar como deber de los cónyuges «ayudarse mutuamente»¹⁶⁸. Igualmente los artículos 90, 92 o 94 bis CC aluden al cuidado de los hijos; o en sede del ejercicio de la patria potestad, el artículo 154 CC se refiere al «cuidado» a través de su sinónimo «velar» (véanse también los artículos 159, 172 bis, 172 ter, 271, 753, 1319 CC)¹⁶⁹. Es conveniente pasar del enfoque en los vínculos sexuales al vínculo generado por las relaciones de cuidado. Socialmente se ve mejor la ayuda que se prestan las personas en una relación convivencial de amigos o parientes, incluso se elogia, que los cuidados entre los miembros de una relación poliamorosa. Y en ambas relaciones el punto en común es el cuidado mutuo y la interdependencia, la afectividad y solidaridad entre sus componentes. Ahí tenemos que centrar el foco. Deberíamos reconocer a las familias no como el producto o resultado de un vínculo romántico-sexual, sino como uniones de cuidado, con un compromiso y dependencia mutua a largo plazo¹⁷⁰.

Y al legislador le aconsejaríamos, como nos recuerdan los muros salmantinos, «*festina lente*» (apresúrate despacio), pues la tarea que le viene encima requiere cierta celeridad y prudencia, pues los principios consolidados hoy en día, ya presentan preocupantes grietas.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE MESA, Vladimir: «La socioafectividad como principio rupturista del paradigma biológico-binario de la filiación natural», *Revista Plutiverso*, núm. 16, julio-diciembre 2021, pp. 119-161.
- AJENJO-COSP, Marc, y GARCÍA-SALADRIGAS, Nuria: «Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 155, 2016, pp. 3-20.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «La familia y el Derecho de familia», en *Tratado de Derecho de la familia. Derecho de familia y derecho de la familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración*, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, y CUENA CASAS, Matilde. (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 51-162.

¹⁶⁸ Igual de explícito es el artículo 231.2 CCCat al señalar que «1. El matrimonio establece un vínculo jurídico entre dos personas que origina una comunidad de vida en que los cónyuges deben respetarse, actuar en interés de la familia, guardarse lealtad, ayudarse y prestarse socorro mutuo. 2. Los cónyuges tienen en el matrimonio los mismos derechos y deberes, especialmente el cuidado y la atención de los demás miembros de la familia que estén a su cargo y convivan con ellos».

¹⁶⁹ La exposición de motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, alude expresamente al «valor del cuidado».

¹⁷⁰ Estas ideas ya se están insinuando en la doctrina, por ejemplo, HERRING, 2013, p. 190; PALAZZO, 2021, p. 5; GARCÍA RUBIO, 2021 (b), p. 288; GIOVANNI, 2023, p. 230.

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Los menores de edad tras la reforma del Código civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y a la guarda de hecho», *Revista jurídica del Notariado*, núm. 112, 2021, pp. 499-555.
- «Comentario al artículo 213 CC», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 311-321.
- ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy: «La socioafectividad como sustrato de relaciones parentales sin base biológica. Panorama en el ámbito jurídico iberoamericano», en *Persona, Familia y Género. Liber amicorum a M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Judith SOLÉ RESINA (coord.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 155-168.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad). Sentencia del Tribunal de Justicia del 14 de diciembre de 2021, as. C-490/Pancherevo», *La Ley Unión Europea*, núm. 102, abril 2022, La Ley 3118/2022, pp. 1-15.
- ASPEGREN, Elinor: «A US First? Massachusetts City Votes to Recognize Polyamorous Relationships in Domestic Partnership Policy», *USA Today* (3 de julio de 2020). Disponible en: <https://www.usatoday.com/story/news/nation/2020/07/02/polyamory-massachusetts-city-somerville-relationships-us/5370718002> [<https://perma.cc/4399-3C62>]
- AVIRAM, HADAR & LEACHMAN, GWENDOLYN, M.: «*The Future of Polyamorous Marriage: Lessons from the Marriage Equality Struggle*», 38 *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 38, 2015, pp. 269-336.
- BARBA, Vincenzo: «Familias recompuestas y derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3, 2022, pp. 157-206.
- BLADILO, Agustina: «Familias pluriparentales en Argentina: Donde tres (¿o más?) no son multitud», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38, 2018-II, pp. 135-158.
- BOYD, John-Paul E.: *Polyamorous Relationships and Family Law in Canada*, Canadian Research Institute for Law and the Family, Quebec, 2017. Disponible en <http://dx.doi.org/10.11575/PRISM/34641>
- BUDZIKIEWICK, C.: «Contracting on parentage», en *Family Law and Culture in Europe* (BOELE-WOELKI, K.; KETHLOFF, N., Y GEPHART, W., ed.), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, pp. 151-168.
- CAGGIA, Fausto: «Capire il Diritto di famiglia attraverso le sue fasi», *Rivista, di Diritto Civile*, 6/2017, pp. 1572-1595.
- «Cambridge Becomes 2nd US City to Legalize Polyamorous Domestic Partnerships», en *Polyamory Legal Advoc Coal* (9 marzo 2021). Disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/602abeb0ede5cc16ae72cc3a/t/604747971135b1744e8a4002/1615284120965/2021-03-08+PLAC+Press+Release.pdf> [<https://perma.cc/UD8N-NNWW>].
- CAMMU, Nola: «Intent to Parent is What Makes a Parent? A Comparative Analysis of the Role of Intent Multi-Parenthood Recognition», *Canadian Journal of Family Law*, vol. 32, núm. 2, 2019, pp. 281-322.
- CARRILLO LERMA, Celia: *Familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos de comunes menores de edad*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.

- CARRIQUIRY, Ana María: «La suma de efectos no resta responsabilidades», en *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar, Ediciones Olejnik, Chile, 2022, pp. 53-61.
- CASTRO MARTÍN, Teresa: «Maternidad (es) en el siglo XXI: una mirada desde la demografía», en *Mujer, Maternidad y Derecho*, GARCÍA RUBIO M.^a Paz (dir.), AMMERMEN YEBRA, GARCÍA GODAR, VARELA CASTRO (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 19-52.
- CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE, Gabriela; PEREIRA DANTAS CARVALHO, Adriana, y ALVES PEREIRA, Reinaldo: «Multiparentalidade inversa no ordenamento jurídico brasileiro», *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, año 6, núm. 4, 2020, pp. 1259-1278. Disponible en: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_1259_1278.pdf
- CODE OF ORDINANCES, ciudad de Somerville, Massachusetts, 2020.
- COLLIER, Richard, y SHELDON, Sally: *Fragmenting Fatherhood. A socio-legal study*, Hard Publishing, Oxford, 2008.
- COLLINGS, Jesse: «Town Meeting Approves Domestic Partnership for Relationships with More than Two People», Arlington Advocate, Wickedlocal.com (30 abril 2021), Disponible en: <https://perma.cc/S8B4-52P2>.
- CORMACK, Lucy: «Hugo Atkinson's fight to have three parents recognized on his birth certificate». *Sydney Morning Herald*, 27 agosto 2015. Disponible en: <https://www.smh.com.au/national/nsw/hugo-atkinsons-fight-to-have-three-parents-recognised-on-his-birth-certificate-20150827-gj9anp.html>
- DE LA TORRE, Natalia, y SILVA, Sabrina A.: «Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología», *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia (RDF)*, 2017-VI, 13 diciembre 2017, 310, pp. 1-12. Disponible en http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/06/DEZA-HERRERA-DE-LA-TORRE_Contraofensiva-Adopcion-prenatal.pdf
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «El vínculo afectivo entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es, por sí mismo, título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación. Comentario a la STS (Sala 1.^a) 16 mayo 2023, rec. núm. 6189/2022», *Diario La Ley*, núm. 10301, sección Comentarios de jurisprudencia, 6 de junio 2023, pp. 1-12.
- DÍAZ, Elizabeth: «De progenitores e hijos afines. Modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial. Su impacto en el derecho previsional argentino», *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2015-20, pp. 2141-2143.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «El pseudo status familiae en el Código civil. Una nueva relación familiar», *Revista de Derecho Privado*, octubre 1992, pp. 839-856.
- DÍAZ PARDO, Gloria: «Multiparentalidad versus filiaciones contradictorias», en *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar, Ediciones Olejnik, Chile, 2022, pp. 261-277.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: Prólogo a la monografía de Encarna ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, reimpresión 2016.
- ECHIVARRÍA DE RADA, M.^a Teresa: «La multiparentalidad y las familias reconstituidas: Especial consideración de sus implicaciones sucesorias», *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 3, 2023, pp. 1-39.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «Perspectives de futur i noves formes de parentalitat», en *Els euglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i secessins*, Institut de Dret Privat europeu i comparat. Universitat de Girona

- (coord.), *Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria (edit), 2019, pp. 253-286.
- «Viejos dogmas y escenarios emergentes de multiparentalidad: una aproximación desde España», en *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar, Ediciones Olejnik, Chile, 2022, pp. 95-117.
- «El dret de filiació avui. Una reflexió sobre el paper de la biologia, la voluntat i els conceptes de “pare” i “mare”», *Atelier*, Barcelona, 2023.
- FERRER RIBA, Josep: «Familias y pluriparentalidad en derecho español», *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia (RDF)*, 85, 10 julio 2018, 163, pp. 1-13.
- «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», en BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles; QUICIOS MOLINA, Susana, y VERDERA SERVER, Rafael (Coords.), *Retos actuales de la filiación*, XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018 (a), pp. 297-327.
- «Multiparentality and New Structures of Family Relationship», en ZEHELEIN, Eva-Sabine; CAROSSO, Andrea, y ROSENDE-PÉREZ, Aida (eds.), *Family in Crisis? (Crossing Borders, Crossing Narratives)* [Culture & Theory, Volume 221], transcript Verlag, Bielefeld, 2020, pp. 59-78.
- GARCÍA ALONSO, Lautaro Leandro: «Amor sin límites: Hacia un reconocimiento jurídico de las familias poliamorosas pluriparentales en el Derecho civil argentino», Universidad de San Andrés, Buenos Aires, 2021.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa: «Las familias reconstituidas: el vacío jurídico como obstáculo a su consolidación», en *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar, Ediciones Olejnik, Chile, 2022, pp. 315-336.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «La Legislación Civil. En especial la Ley del Divorcio de 1932», en *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, Joan OLIVER ARAÚJO, y Agustín RUIZ ROBLEDÓ (coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021 (a), pp. 511-528.
- «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?», en *Derecho de familia: homenaje a Encarnación Roca Trías: La jurista que se adelantó a su tiempo*, Paloma ABADA TEJERINA (coord.), Sepín, Madrid, 2021 (b), pp. 279-290.
- «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 30, 1 abril 2021 (c), pp. 1-30.
- «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», en *Persona, Familia y Género. Liber amicorum a M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Judith SOLÉ RESINA (coord.), Atelier, Barcelona 2022 (a), pp. 209-220.
- «Un niño o una niña pueden tener más de dos madres y/o de dos padres. Hacia el reconocimiento jurídico de la multiparentalidad», en *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar, Ediciones Olejnik, Chile, 2022 (b), pp. 197-221.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a Carmen; YSÁS SOLANES, María, y SOLÉ RESINA, Judith: *Derecho de familia vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a Carmen, y SOLÉ RESINA, Judith: *Actualización del derecho de la filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GILI SALDAÑA, Marian: «Comentario a los artículos 240.1 ss. CCCat», en *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions con-*

- vivenciales d'ajuda mútua, EGEA I FERNÁNDEZ, Joan, y FERRER I RIBA, Josep (dir.), FARNÓS I AMORÓS, Esther (coord.), Atelier, Barcelona, 2014, pp. 1033-1040.
- GIOVANNINI, Giulia: *Modelos de determinación de la co-maternidad derivada de reproducción asistida, Un análisis de derecho comparado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: «Nuevos proyectos y grupos de investigación, Commission on European family law», *Anuario de Derecho Civil*, 2005, vol. 58, núm. 3, pp. 1307-1308.
- GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD: Child and parents in the 21st century. Report of the Government Committee on the Reassessment of Parenthood, Xerox/OBT, The Hague, 2016.
- HEATH, Sue: «Peer-Shared Households, Quasi-communes and Neo-tribes», *Current Sociology*, vol. 52 (2), 2004, pp- 161-179.
- HERRERA, Marisa: «Socioafectividad, infancias y adolescencias ¿De lo clásico a lo extravagante? Un estudio continuo», en *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar, Ediciones Olejnik, Chile, 2022, pp. 353-399.
- HERRING, Jonathan: *Caring and the Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013.
- JARAMILLO MANZANO, Juan David: «La poligamia y la pluriparentalidad en los distintos ordenamientos jurídicos: Un análisis comparado para incentivar la discusión sobre la familia plural», *Trans-pasando Fronteras. Revista Estudiantil de asuntos transdisciplinarios*, núm. 19, 2022, pp. 30-65.
- LAUFER-KELES, Pamela, y BLECHER-PRIGAT, Ayelet: «Between Function and Form: Towards a Differentiated Model of Functional Parenthood», *George Mason Law Review*, 2013, pp. 419-483.
- LEVIN, Irene: «Living apart together. A new family form», *Current Sociology*, vol. 52 (2), 2004, pp. 223-240.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: «Las nuevas realidades familiares en el en el Código civil y comercial de Argentina de octubre de 2014», *Revista Jurídica La Ley*, 8 octubre 2014, pp. 1-31. Disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>
- MAIA BASTOS, Luciano, y CAETANO PEREIRA, Francisco: «Multipaternidade sob a ótica do ordenamiento jurídico positivo», *Revista de Direito de Família e Sucessão*, vol. 4, núm. 2, julio-diciembre 2018, pp. 120-137.
- MAICÁ, Juan J., y MARMETO, Esteban: «El carácter constitucional-convencional de la pluriparentalidad en el sistema jurídico argentino», *Microjuris.com*, Cita: MJ-DOC-13549-AR | MJD1354, 22 de mayo de 2018. Disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/01/08/el-caracter-constitucional-convencional-de-la-pluriparentalidad-en-el-sistema-juridico-argentino/>
- MALAUURIE, Philippe, y FULCHIRON, Hugues: *Droit de la famille*, Issys-les-Moulineaux, edit. LDGJ, Paris, 2016.
- MARTIN, CLAUDE, CHERLIN, Andrew, y CROSS-BARNET, Caitlin: «Living Together Apart in France and the United States», *Population-E*, 66 (3-4), 2011, pp. 561-582.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «A cada uno su familia, a cada familia su derecho (aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)», *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento crítico. Nuevos modelos de familia*, 2/2007, pp. 28-47.
- MARTÍNEZ-MUÑOZ, Karol Ximena, y RODRÍGUEZ YONG, Camilo Andrés: «La familia de crianza: una mirada comparada entre Estados Unidos y Colom-

- bia», *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*, núm. 39, 2020, pp. 85-107.
- MEDINA, Graciela: «Socioafectividad y derecho de familia», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 45, número 101, 2020-II, pp. 85-101.
- MOLOMAN, Bogdan Dumitru: «Aspectos sobre la multiparentalidad en el Derecho rumano. Ejercicio de la autoridad parental en manos de varias personas», en *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar, Ediciones Olejnik, Chile, 2022, pp. 183-196.
- MORIN, Roc: «Up for Polyamory? Creating Alternatives to Marriage», *The Atlantic* (Feb. 19, 2014).
- NOTA «Three's Company, Too: «The Emergence Of Polyamorous Partnership Ordinances», *Harvard Law Review*, vol. 135, marzo 2022. Disponible en: [file:///C:/Users/USAL/Downloads/135-Harv.-L.-Rev.-1441%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/USAL/Downloads/135-Harv.-L.-Rev.-1441%20(2).pdf)
- NOTRICA, Federico y MELON, Pablo E.: «El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas», *La Ley Revista de Derecho de Familia*, núm. 72, noviembre 2015, pp. 171-183.
- OECD: Modelos de familia en evolución en España. Un nuevo marco nacional para mejorar el apoyo y la protección a las familias (Evolving Family Models in Spain: A New National Framework for Improved Support and Protection for Families), OECD Publishing, Paris, 2022, p. 16, <https://doi.org/10.1787/c27e63ab-en>. Disponible en: <file:///G:/Mi%20unidad/Congreso%20Familia%20abril%2023/Conferencia%20ADFAS%20abril%2023/Material%20Miniosterio%20asuntos%20sociales.pdf>
- OLIVA GÓMEZ, Eduardo: «Nuevas tipologías familiares: su urgente reconocimiento en los sistemas jurídicos», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 bis, diciembre 2022, pp. 2354-2377.
- PALAZZO, Nausica: *Legal Recognition of Non-Conjugal Families. New Frontiers in Family Law in the US, Canada and Europe*, Hart, Oxford- London- New York- New Delhi - Sidney, 2021.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1, 2020, pp. 3-29.
- PEREIRA RIBEIRO, Iara, y CORDEIRO FERRAZ DE ARAÚJO, Marcella: «Entendimento jurídico constitucional da afetividade no Direito das Famílias e Sucessões: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal», *Revista de Direito de Família e Sucessão*, vol. 6, no. 2, 2020, pp. 1-19.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «La multiparentalidad en el Derecho familiar cubano: una opción posible», en *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., y HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar, Ediciones Olejnik, Chile, 2022, pp. 197-221.
- PIMENTEL PESSOA, Gabriela y MOTA CABRAL, Angélica: «A filiação socioafetiva e suas implicações às dinâmicas familiares dos dias atuais no Brasil», *Revista de Direito de Família e Sucessão*, vol. 4, núm. 2, 2018, pp. 60-77.
- QUAINI, Fabiana: «Primer fallo del Poliamor en cuanto al reconocimiento de una pensión en Colombia», MJ-DOC-14953-AR / MJD14953, 14 agosto 2019, disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/08/14/primer-fallo-de-poliamor-en-cuanto-al-reconocimiento-de-una-pension-en-colombia/> <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/08/14/primer-fallo-de-poliamor-en-cuanto-al-reconocimiento-de-una-pension-en-colombia/>
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «Dret comparat i dret de família en el marc europeu», *InDret*, 1/2017, pp. 1-26.

- ROCA TRÍAS, Encarna: «La familia y sus formas», *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento crítico. Nuevos modelos de familia*, 2/2007, pp. 48-72.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, y ALASCIO CARRASCO, Laura: «Comentario al artículo 231.1 CCCat», *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, EGEA I FERNÁNDEZ, Joan, y FERRER I RIBA, Josep (dir.), FARNÓS I AMORÓS, Esther (coord.), Atelier, Barcelona, 2014, pp. 55-69.
- SÁNCHEZ CANO, M.^a Jesús: «Hacia a recuperación de la adopción simple en el Derecho español», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 642-675.
- SCHERMAN, Ida A.: «Jurisprudencia norteamericana. ¿Quién es el padre? ¿Quién es la madre? Preguntas simples, respuestas complejas. Cambios en las nociones de maternidad y paternidad en la revolución reproductiva», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, núm. 58, 2013, pp. 267-290.
- SHEFF, Elisabeth A.: «Is Polyamory a Form of Sexual Orientation?», *Psych Today*, 4 octubre 2016. Disponible en: <https://www.psychologytoday.com/us/blog/the-polyamorists-next-door/201610/is-polyamory-form-sexual-orientation>
- SHERPE, Jens M.: *European Family Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016.
- SILVA, Adriana A.: «De continuidades y discontinuidades: el binarismo filial en el banquillo», *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia (RDF)*, 98, 10 marzo 2021, 37, pp. 1-17.
- SOLÉ RESINA, Judith: «El Derecho a la familia que viene», en *Persona, Familia y Género. Liber amicorum a M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Judith SOLÉ RESINA (coord.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 265-277.
- «Derecho de familias y diversidad familiar (A propósito de la Ley de Familias)», *La Ley Derecho de Familias: Revista Jurídica sobre familia y menores*, núm. 38, Sección a Fondo, segundo trimestre 2023, pp. 27-43.
- SPARJER, Noor: «Estos cinco amigos van a tener un bebé». *VICE Español*, 6 de agosto de 2015. Disponible en: <https://www.vice.com/es/article/nnpe4q/estos-cinco-amigos-van-a-tener-un-bebe>
- SWENNEN, Frederik: «Wat is ouderschap?», *Tijdschrift voor privaatrecht*, 53 (1), 2016.
- THÈRY, Irène: «Les temps des recompositions», en *Families. Permanences et métamorphoses*, J. F. DORTIER (coord.), Éditions Sciences Humaines, Auxerre Cedex 2002, pp. 55-62.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a Rosario: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- VAQUER ALOY, Antoni, y IBARZ LÓPEZ, Noelia: «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4, 2017, pp. 211-235.
- VARELA CASTRO, Ignacio: «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado. Contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», en *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, y VIDU AFLOAREI, Ana, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1007-1031.
- VARSÍ ROSPIGLIOSO, Enrique, y CHAVES, Marianna: «La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico», *Revista de Derecho y Genoma Humano, Biotecnología y Medicina Avanzada*, núm. 48, enero-junio 2018, pp. 133-157.
- VERDERA SERVER, Rafael: «Ser padre», *Derecho Privado y Constitución*, 30, enero/diciembre 2016, pp. 75-126.

— «Contra la legítima, discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación», pronunciado el 22 de octubre de 2021, Publicaciones de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Cuaderno núm. 94.

VILLARREAL, Daniel: «Polyamorous Relationships Granted Legal Rights in Massachusetts», *LGBTQ Nation* (5 julio 2020). Disponible en: <https://www.lgbtqnation.com/2020/07/massachusetts-city-begins-legally-recognizing-polyamorous-relationships/>

WODNIANSKY-WILDENFELD, Verena: «Two Weddings, Two Children, Two Fathers? – The German Supreme Court Works its Magic», *Blog EAPIL*, 4 September 2023. Disponible en: <https://eapil.org/2023/09/04/two-weddings-two-children-two-fathers-the-german-supreme-court-works-its-magic/>

JURISPRUDENCIA

DECISIONES DE JURISDICCIONES INTERNACIONALES

Tribunal Europeo de Derecho Humanos

Caso Keegan v. Irlanda, sentencia de 26 de mayo de 1994, núm. 16969/9.

Caso Kroon y otros v. Países Bajos, sentencia de 27 de octubre de 1994, núm. 18535/91.

Caso Kozak v. Polonia, sentencia de 2 de marzo de 2010, núm. 3102/02.

Caso Nazarenko v. Rusia, sentencia de 16 de julio de 2015, núm. 39438/13.

Caso A. H. y otros v. Alemania, sentencia de 4 de abril de 2023, núm. 7246/20.

Caso O.H. y G.H. v. Alemania, sentencia de 4 de abril de 2023, núm. 53568/18 y 54741/18.

Corte Interamericana de Derecho Humanos

Caso Kallen Átala Riffo y niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012.

Caso Forneron e hijas vs. Argentina, de 27 de abril de 2012.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 14 de diciembre de 2021, «V.M.A. contra Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»» (ECLI:EU:C:2021:1008).

SENTENCIAS DE TRIBUNALES ESPAÑOLES

Tribunal Constitucional

STC 116/1999 de 17 de junio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 1999).

Tribunal Supremo

STS de 12 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2676, ponente M.^a E. Roca Trías).

STS de 5 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5765, ponente J.A. Seijas Quintana).

STS de 15 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:608, ponente F. J. Orduña Moreno).

STS de 14 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3154, ponente J. A. Seijas Quintana).

STS de 11 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3002, ponente M.^a A. Parra Lucán).

STS de 16 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1958, ponente M.^a A. Parra Lucán).

Tribunal Superior de Justicia

STJ Valencia de 28 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TSJCV:2017:4183).

Audiencias provinciales

SAP Valencia de 27 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:4317).

SAP Murcia de 20 de abril de 2023 (ECLI:ES:APMU:2023:1152).

DECISIONES DE TRIBUNALES DE OTROS ESTADOS

Alemania

Sentencia del Tribunal Supremo de Alemania (BGH), de 8 de marzo de 2023, XII ZB 565/20 (ECLI:DE:BGH:2023:080323BXIIZB565.20.0)

Sentencia de Tribunal Constitucional de Alemania (BVerfG), de 1 de febrero de 2023, -1BvL 7/18-, Rn. 1-194

Argentina

Juzgado de Familia de la 4.^a Nominación de Córdoba, sentencia de 28 de junio de 2010, «A.S.G.C/M.V.S. y otros s/ medidas urgentes».

Juzgado de Familia y Sucesiones de Monteros, Tucumán, sentencia de 7 de febrero de 2020, «L.F.F. c/ S.C.O. s/ FILIACION».

Juzgado Primera Instancia de Personas y Familia, 2.^a Nominación del Distrito Judicial Orán, Provincia de Salta, República Argentina, sentencia de 10 de agosto de 2021, «Páez Ignacio c/ Díaz, Sebastián - Impugnación de filiación «Expte. núm. 16725/20»».

Juzgado de Familia de la 3.^a Nominación de Córdoba, sentencia de 11 de abril de 2022 «E.M.M. c. A.R.D.V. y otros s/ Acciones de filiación».

Brasil

Decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF), en la sentencia del Recurso Extraordinario 898.060/Santa Catarina de 21 de septiembre de 2016.

Recurso especial núm. 1.608.005-SC (2016/0160766-4) del Superior Tribunal de Justicia, de 14 de mayo de 2019.

Canadá

Caso D.W.H. v. D.J.R., 2007 ABCA 57, para. 16 (Can. Alta. C.A.).

Caso C. C. (Re), 2018 NLSC 71, Sentencia de la Corte de Familia, Terranova y Labrador, Canadá, de 4 de abril de 2018.

Colombia

STC 6009-2018, de 9 de mayo de 2018.

STC 1171-2022, de 8 de abril de 2021.

STC 8697-2021, de 19 de julio de 2021.

Sentencia T-403/11, de 17 de mayo de 2011.

Sentencia T-070-15, de 18 de febrero de 2015.

Sentencia T-279-20, de 31 de julio de 2020.

Sentencia núm. 050013105007 2015-01955 01 del Tribunal Superior de Medellín Laboral, de 28 de mayo de 2019.

EE. UU.

Sentencia Corte Suprema del condado de LA de Suffolk, Nueva York, de 8 de marzo de 2017.

Sentencia Tribunal de Nueva York, caso *W. 49th St. LLC v. O'Neill*, de 14 de julio de 2022.

Francia

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 16 de septiembre de 2020 (ECLI:FR:CCAS:2020:C100519).

México

Sentencia 1227/2020 del Juzgado Octavo de Distrito de Amparo en Materia Civil, Administrativa y de Trabajo y de Juicios Federales de San Andrés Cholula, Puebla, de 21 de mayo de 2021.

La comisión de apertura en el contrato de préstamo o crédito hipotecario y su control de abusividad¹

ROCÍO LÓPEZ SAN LUIS

Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Almería

RESUMEN

Con el fallo emitido por la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 16 de marzo de 2023, la validez de la comisión de apertura está fuera de toda duda, siempre y cuando supere los controles de transparencia y de contenido –arts. 3, 4.2.º y 5 Directiva 93/13/CEE–. El citado tribunal considera que la comisión de apertura no forma parte de la estructura del precio, quedando, por tanto, fuera del objeto principal del contrato de préstamo o crédito hipotecario. Todo ello, viene a contradecir, en parte, la doctrina fijada por el TS en la sentencia 44/2019 de 23 de enero.

PALABRAS CLAVE

Control de transparencia, contratos con consumidores, cláusulas predispuestas reguladoras precio y prestación.

The origination fee in mortgage loan or credit agreements and its examination for unfairness

ABSTRACT

With the ruling issued by the CJEU (Fourth Chamber) of 16 March 2023, the validity of the origination fee is beyond any doubt, provided that it passes the transparency and content controls –arts. 3, 4.2.º and 5 Directive 93/13/EEC–.

¹ Publicación realizada en el marco del Proyecto I+D+i UAL-FEDER: «Hacia una justicia eficiente y sostenible: una aproximación multidisciplinar» (Referencia: UAL2020-SEJ-C1965), Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, Junta de Andalucía, cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020.

The aforementioned Court considers that the origination fee does not form part of the price structure, and is therefore outside the main object of the mortgage loan or credit agreement. All this contradicts, in part, the doctrine established by the SC in judgment 44/2019 of January 23.

KEY WORDS

Control of transparency, consumer contracts, general conditions and predisposed clauses regulating price and delivery.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Control de transparencia y de contenido de las cláusulas que versan sobre elementos esenciales del contrato.–II.A. Cuestiones generales relativas a la legislación sobre las cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario.–II.B. Control de transparencia y de contenido sobre las cláusulas que versan sobre elementos esenciales del contrato.–III. Control de contenido o de abusividad de la comisión de apertura. Cambio de doctrina del Tribunal Supremo.–III.A. Análisis de la STS 44/2019, de 23 de enero de 2019. Validez de la comisión de apertura en el contrato de préstamo hipotecario.–III.B. Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 16 julio de 2020.–III.C. Análisis del TS de la STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020. Petición de decisión prejudicial (auto de 10 de septiembre de 2021).–III.D. STJUE (Sala Cuarta) de 16 de marzo de 2023.–III.E. Análisis de la STS 816/2023, de 29 de mayo. La comisión de apertura puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente.–IV. Conclusiones finales.–Bibliografía.–Jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando parecía que la STS 44/2019 de 23 de enero² había zanjado la controversia en torno a la validez de la comisión la apertura en la medida en que, al tratarse de un componente o parte del precio del préstamo, quedaba –*ex* artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE– fuera del control de contenido una vez superado el de transparencia, su doctrina pasó a ser cuestionada tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020³, dando lugar a resoluciones divergentes de las audiencias provinciales.

² Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena. Roj. STS 44/2019, ECLI:ES:TS:2019:102

³ Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. ECLI:EU:CU:2020:578. El Juzgado de Primera Instancia, núm. 17 de Palma de Mallorca, mediante Auto de 12 de marzo de 2019, planteó trece cuestiones prejudiciales al TJUE, relativas al análisis de la posible abusividad de la cláusula de la comisión de apertura. El TJUE resolvió de manera conjunta dichas cuestiones prejudiciales, además de otras planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta.

Ante la situación de inseguridad jurídica generada, el Alto Tribunal, aun manteniendo su posición de no abusividad de la controvertida cláusula, elevó cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo (auto de 10 de septiembre de 2021⁴) en petición de pronunciamiento sobre si los argumentos en los que fundamentaba la validez de la comisión de apertura eran o no contrarios a la interpretación de los artículos 3.1.º, y 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE⁵. Dichas cuestiones obtuvieron respuesta en STJUE (Sala Cuarta), de 16 de marzo de 2023, contradiciendo, en parte, la doctrina fijada por nuestro Alto Tribunal.

Para analizar las consecuencias derivadas de la reciente STJUE de 16 de marzo de 2023, ha sido preciso realizar un estudio doctrinal y jurisprudencial en torno a la interpretación de la normativa nacional y europea aplicable a la comisión de apertura en los contratos de préstamo. En concreto, la legislación que regula el control de transparencia y de contenido de las condiciones generales o cláusulas que versan sobre los elementos esenciales del contrato. Dado que el control de transparencia está conectado *ex art.* 4.2.º y 5 de la Directiva 93/13/CEE con el juicio de abusividad, criterio esencial para resolver la controversia.

Igualmente, ha sido importante analizar con exhaustividad los argumentos jurídicos sobre los que se fundamentó la STS 44/2019, de 23 de enero de 2019, para poder determinar si la comisión de apertura formaba parte de la estructura del precio del contrato de préstamo, quedando, en tal caso, fuera del juicio de abusividad de la Directiva 93/13/CEE. Asimismo, han sido objeto de estudio los fundamentos sobre los que se articulaba la cuestión prejudicial y en la que se anunciaba que la controversia suscitada por la STJUE de 16 de julio de 2020 pudiera ser fruto de una incorrecta interpretación de su doctrina, así como del uso de información sesgada sobre la regulación de la comisión de apertura en nuestra legislación nacional.

Para concluir el trabajo en torno a la validez de comisión de apertura examinamos las respuestas del TJUE en la sentencia de 16 de marzo de 2023 a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS a través del auto de 10 de septiembre de 2021, donde resuelve que para determinar la validez de la comisión de apertura ésta tendrá que superar el control de transparencia y de contenido –juicio de abusividad– establecido en la Directiva 93/13/CEE, al no ser considerada componente del precio y, por tanto, objeto principal

⁴ Rec. Casación núm. 919/2019. Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Vela Torres. Roj. ATS 10856/2021.

⁵ *Vid.*, FERNÁNDEZ BENAVIDES, 2022, pp. 1-4.

del contrato de préstamo o crédito hipotecario. Así como la STS 816/2023, de 29 de mayo, de 2023⁶, el Alto Tribunal modifica la doctrina de la sentencia 44/2019, de 23 de enero, conforme a los criterios fijados por la STJUE y en virtud de la cual se establece que la comisión de apertura puede ser objeto de control de contenido según la Directiva 93/13/CEE, aunque no sea transparente, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato. Si bien, como se observará en torno a la validez o invalidez de este tipo de cláusula no cabe una solución unívoca, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada.

Ni que decir que el cambio de doctrina del TS va a tener una especial trascendencia jurídica y social, al no ser pocos los intereses en juego. Por un lado, para las entidades financieras, que ejerciendo dominio y hegemonía sobre los demás agentes socioeconómicos –incluso institucionales y políticos–, este pronunciamiento negativo le va a suponer un enorme perjuicio económico con reflejo directo en sus cuentas de resultados, tal y como ocurrió –y aún ocurre– con las numerosísimas declaraciones judiciales de nulidad de las cláusulas de gastos en contratos de préstamo, y las consecuencias devoluciones económicas derivadas de tal nulidad. Por otro lado, para los prestatarios/consumidores, considerados tradicionalmente la parte débil de la relación jurídica, cuyos intereses van a quedar más protegidos en el clausulado de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, ya que tendrán que quedar claramente perfilados los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previsto en ellas, así como el no solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato.

II. CONTROL DE TRANSPARENCIA Y DE CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS QUE VERSAN SOBRE ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

II.A. CUESTIONES GENERALES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS PRÉSTAMO HIPOTECARIO

En materia de control de cláusulas abusivas en los contratos de préstamos hipotecarios concertados con consumidores, hemos asistido en los últimos años a cambios legislativos importantes que

⁶ STS 816/2023, de 29 de mayo, ECLI:ES:TS:2023:816.

han tenido su consecuencia inmediata en las relaciones contractuales en el ámbito crediticio y en la protección del consumidor. Estos cambios traen causa, fundamentalmente, de las directivas europeas relativas a la protección de los consumidores y usuarios, así como de la doctrina jurisprudencial del TJUE y TS en el contexto crediticio.

La legislación nacional sobre la protección de los derechos del consumidor en materia de contratos toma como referencia la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993 (en adelante, Directiva 93/13/CEE) sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, transpuesta a nuestro Derecho interno por la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en la que se regularon de manera conjunta las condiciones generales y las cláusulas abusivas (en adelante, LCGC).

La citada Directiva marcó un antes y un después en lo que respecta al control de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, definiendo la línea jurisprudencial tanto del TJUE como del TS y audiencias provinciales, no solo en la determinación de conceptos –consumidor, profesional, cláusulas abusivas, etc.– sino, también en la jurisprudencia comunitaria relativa a los contratos bancarios.

Con posterioridad a la Directiva 93/13/CEE se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLCU), por Real Decreto Legislativo 1/2007, que vino a derogar la Ley 26/1984 y a refundir en un texto único la normativa en materia de los derechos de consumidores y usuarios, adaptada a las directivas europeas⁷.

Otra norma comunitaria relacionada con la materia objeto de estudio es la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre Contratos de Créditos celebrados con los Consumidores para bienes inmuebles de uso residencial⁸ que, además de armonizar la normativa en contratos garantizados con una hipoteca, ha venido a establecer un nuevo sistema de contratación bancaria al que los profesionales del sector se deben someter. Su transposición se realizó con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Créditos Inmobiliario (en adelante, LCCI)⁹, la cual tiene por objeto «establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes

⁷ Sobre las últimas reformas y para un estudio en profundidad véase *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (Dir. CAÑIZARES LASO, A., y ZUMAQUERO GIL, L.), Tirant lo Blanch. 2022.

⁸ *Diario oficial de la UE* de 28 de febrero de 2014.

⁹ «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2019.

inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir (art. 1)¹⁰.

Con todo este marco normativo, podemos decir que en lo que respecta al control de las cláusulas abusivas en materia de préstamos hipotecarios celebrados con consumidores, en la actualidad, contamos con un escenario caracterizado por la protección de una de las partes del contrato, esto es la persona física que ostenta la condición de deudor, fiador o garante, quedando, en consecuencia, incluido en este ámbito protector el caso de las personas físicas que tengan el carácter de consumidoras¹¹.

Centrándonos en la regulación de las condiciones generales de contratación y en las cláusulas abusivas, conviene señalar que el artículo 1 de la LCGC establece que son condiciones generales de la contratación «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos». A su vez, el artículo 80 del TRLCU¹² utiliza la expresión cuando el contratante sea consumidor, «cláusulas no negociadas individualmente». Entendiendo por éstas, «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión». (Directiva 93/13/CEE).

Teniendo en cuenta este contexto normativo, sobre condiciones generales de la contratación, podemos afirmar que los requisitos para ser condición general de contratación son los siguientes: con-

¹⁰ En los artículos 14 y 15 de la LCCI se regula el deber de transparencia material en el ámbito de la contratación de créditos inmobiliarios. Se establecen las normas sobre el cumplimiento del mismo, regulando, por un lado, la documentación que ha de entregarse al prestatario y, por otro, la comprobación de que efectivamente se ha cumplido su fin fundamental, es decir que el contratante conozca la prestación que asume en virtud del contrato.

¹¹ Tal y como viene manifestando GÓMEZ AGUILERA, «La LCCI ha ampliado el ámbito subjetivo a todas las personas físicas, sean o no consumidoras. Para lo cual, se regulan unas específicas normas de protección, de carácter irrenunciable, en el Capítulo II, calificadas de *ius cogens*, constituyendo, por tanto, una excepción a la autonomía de la voluntad en el artículo “El control judicial de la existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución del contrato de préstamo hipotecario concertados con consumidores: análisis del estado actual de la cuestión”», *Revista de Derecho bancario y Bursátil*, 2021, p. 3.

¹² CAÑIZARES LASO afirma que «El artículo 89 TRLCU recoge precisamente los controles específicos que el legislador dispone para la validez de las condiciones generales, precepto que tiene su origen en el artículo 10 de la LCU 26/84. Para su interpretación habrá de tenerse en cuenta la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (art. 59.3 TRLCU), que, como sabemos, transpuso la Directiva 93/13 CEE, (...), así como a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI). Asimismo, y para la comprensión de la materia, con especial importancia debe acudir tanto a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como a la derivada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», 2022, p. 1153.

tractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Y, desde un punto de vista negativo, es irrelevante: a) la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y, b) que el adherente sea un profesional o consumidor¹³.

De sumo interés para nuestro estudio sobre la comisión de apertura, es lo que viene determinando el TS en relación al conocimiento y consentimiento de las condiciones generales¹⁴. En la Sentencia 649/2017, de 29 de noviembre, el Alto Tribunal afirmó que: a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el adherente no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar; b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario¹⁵; c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios; d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de

¹³ De manera más explícita CARRASCO PERERA afirma que «A tenor del artículo 1 LCGC, son condiciones generales de la contratación aquellas cláusulas incorporadas a un contrato que reúnan las siguientes características», Primero, se tratará de cláusulas *predispuestas*, redactadas por el predisponente o por un tercero, y que hayan sido *incorporadas al contrato mediante* una decisión *impuesta* por una de las partes del contrato, sin que hayan sido *individualmente negociadas* por el adherente. Segundo, son cláusulas que han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, aunque no es preciso que se trate de *todos* los contratos a celebrar por el predisponente. Tercero, una vez que estas circunstancias concurren, no importa cuál sea la apariencia externa, la extensión (*v. gr.*, un ticket de compra) u otras circunstancias añadidas. Cuarto, la determinación del carácter de condición general se realiza tomando en consideración *aisladamente* la cláusula de que se trate, sin importar que otras cláusulas o el resto del contrato se hayan negociado individualmente. Quinto, aunque una o varias cláusulas se hayan negociado individualmente, y no se trate de condiciones generales, *la Ley se aplicará* al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un *contrato de adhesión*, aunque existan cláusulas del mismo que hayan sido negociadas individualmente», en *Derecho de contratos*, 2020, pp. 851-852.

¹⁴ Sobre la distinción entre conocer, comprender, negociar y consentir y su análisis legislativo y jurisprudencial, *vid.*, CÁMARA LA PUENTE, *Revista Jurídica sobre consumidores*, 2021, pp. 27-32.

¹⁵ BASOZABAL ARRUE señala en relación a la formación de voluntad del adherente sobre las cláusulas que versan sobre el contenido esencial que «Esto no significa que haya tenido la oportunidad de negociarlo en sentido estricto; como se ha puesto de relieve, normalmente el contenido esencial estará tan impuesto como el resto del contrato, lo que ocurre es que el consumidor que opera en el contexto de un mercado libre tiene acceso a varias ofertas que puede comparar (en el caso del préstamo, gracias a TAE) para elegir finalmente la que mejor convenga a sus intereses. Para el consumidor, la competencia hace las veces de la negociación: si no le gusta una oferta, no la negocia, se va a la competencia...», 2015, pp. 426 y 427.

ofertas de contrato dirigidas por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario¹⁶.

Igualmente, es relevante la afirmación de que una cláusula que regula un elemento esencial del contrato como el precio puede ser una condición general de la contratación¹⁷ tal y como ha determinado la STS de 29 de abril de 2015¹⁸: «Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 93/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la LCGC y el TRLCU.

Por su parte, la STS de 7 de abril de 2014¹⁹ estableció la posibilidad de que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual. Para que exista negociación individual, como mínimo, ambas partes habrán de tener capacidad de influir en la configuración del contrato, aunque ello no signifique que efectivamente haya influido en la fijación de la cláusula. Desde esta perspectiva, la propia noción de negociación individual tiene difícil encaje en los contratos de consumo, en los que el consumidor no tiene capacidad para modificar el clausulado predispuesto que le ofrece el empresario. Como determinó la STS de 29 de abril de 2015, y reprodujo la STS de 14 de diciembre de 2017 «(...) la negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente, lo que ya fue rechazado en la sentencia STS 241/2013, de 9 de mayo»²⁰.

¹⁶ Rec. 683/2015, de 29 de noviembre, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro J. Vela Torres. Roj. STS 4265:2017.

¹⁷ Sobre la consideración de las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato como condiciones generales, *vid.*, PALAU RAMÍREZ, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, pp. 3-6.

¹⁸ Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, Rec. 1072/2013. ES:TS: 2015:2207.

¹⁹ Rec. 963/2012. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:TS:2014:1702.

²⁰ Rec. 485/2012, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos. STS 265/2013, de 22 de abril, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos. ECLI:ES:TS:2023:2753 el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el

Por otra parte, señalar que los controles de transparencia y abusividad solo proceden en contratos con consumidores. Sin embargo, la Exposición de Motivos de la LCGC afirma que «esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante (...), nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales». En el mismo sentido, la STS de 9 de mayo 2013²¹, al señalar de manera expresa que el control de abusividad no puede extenderse a las cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario, aunque recuerda que el control de incorporación se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza con independencia de que el adherente sea o no consumidor²².

Asimismo, y como vamos a tener ocasión de ver, el control de transparencia está conectado *ex artículo* 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE²³ con el juicio de abusividad, dado que la falta de transparencia puede traer consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente, por ejemplo, en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato²⁴.

hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas conforme a las cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio. Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que haya varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebran con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas. Así lo ha considerado también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores, por ejemplo, en materia de cláusula suelo (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) o de hipoteca multidivisa (STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16).

²¹ Rec. 485/2012. Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos. *Roj. STS 196/2013*. ECLI:ES:TS:2013:1916.

²² Sobre el control de incorporación y la contratación predispuesta con empresarios (B2B), *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2021, pp. 51-57.

²³ «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirán a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

²⁴ Por ello autores como VELA TORRES consideran que esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en los que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. Ni el legislador comunitario ni el español han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre el respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones,

II.B. CONTROL DE TRANSPARENCIA Y DE CONTENIDO SOBRE LAS CLÁUSULAS QUE VERSAN SOBRE ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

La normativa contempla un doble control sobre las cláusulas no negociadas individualmente o impuestas a los consumidores; de un lado, el control de incorporación o inclusión recogido en los artículos 5 y 7 de la LCGC (para los contratos con condiciones generales, reproducidos en el artículo 80 TRLCU) que incluye el de transparencia²⁵; y, por otro, el control de contenido o abusividad (impuesto para los contratos con consumidores por los artículos 80 ss. del TRLCU).

Si bien, sobre el control de transparencia que se aplica a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, la doctrina jurisprudencial considera que no solo se trata de un control de claridad formal o gramatical (incorporación), sino que, además, el adherente pueda conocer tanto la carga económica del contrato –el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener–, como la carga jurídica del mismo, es decir, su posición jurídica en el contrato y los riesgos derivados del desarrollo del mismo²⁶.

Esta doctrina, conocida como de doble filtro, no trata de establecer si el consentimiento del adherente concreto está libre de error-vicio, o si ha mediado dolo por parte del empresario, sino la idoneidad de la cláusula impuesta para cumplir las exigencias de transparencia, de forma que el consumidor pueda adoptar su decisión después de haber sido informado correctamente²⁷.

para evitar situaciones de abuso contractual, *Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico*, Cuaderno Jurídico, 2020, pp. 15-17.

²⁵ Vid., ARANGUREN URRIZA, 2015, p. 773. Y, VERDA Y BEAMONTE, 2019, <https://idibe.org/tribuna/control-trasparencia-las-condiciones-generales-la-contratacion-estado-actual-la-cuestion/>

²⁶ ARANGUREN URRIZA señala que «se trata de una cuestión difícil, pues estamos refiriéndonos a condiciones generadas impuestas y no negociadas individualmente, mientras que el núcleo esencial del contrato habitualmente sí es objeto de negociación y es ello, precisamente, lo que justifica que se le excluya del control de contenido. De hecho, Alfaro, en nuestra doctrina considera que tales cláusulas no son condiciones generales. Sin embargo, lo cierto es que en el TRLCU se contienen reglas que se refieren al precio (art. 85, regla 3, apartados 2 y 10; art. 89, regla 3 y 5)», *op. cit.*, p. 777.

²⁷ MIRANDA SERRANO afirma que «La idea principal entre el control de transparencia formal y el material reside en que el primero garantiza solo la posibilidad de conocimiento de las condiciones generales y cláusulas predisuestas por los adherentes, mientras que el segundo va mucho más allá, al garantizar la comprensión y el conocimiento efectivos por parte de dichos sujetos, de las estipulaciones relativas a los elementos esenciales (o parte económica) de los contratos en los que participa», en «¿Hacia un errático control de abusividad de las cláusulas predisuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo?», *La Ley*, mercantil, núm. 87, Sección consumo/doctrina, 2022, p. 6. Sobre la delimitación de la transparencia frente a los vicios del consentimiento *vid.*, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *RDC*, 2019, pp. 361-397.

Así, por ejemplo, la STS (Sala Primera, Pleno) 171/2017, de 9 de marzo²⁸ –con cita de la STJUE de 26 de enero de 2017 caso Blanco Primus, C-421/14–, sobre el control de transparencia de la cláusula de interés remuneratorio, concluía: «si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y de la contraprestación, esto supone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia del consentimiento. Por eso, el control de transparencia, a la postre, supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquél le proporciona»²⁹.

Igualmente se ha pronunciado el citado órgano judicial, esta vez sobre la base de los artículos 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE y los artículos 60.1.º y 80.1.º TRLCU, en relación con las denominadas cláusulas suelo. La primera en que se fijó doctrina fue la sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que se resolvió una acción colectiva de nulidad y cesación contra las cláusulas utilizadas por una serie de entidades, demandándose la declaración del carácter abusivo de las mismas por falta de reciprocidad. En la sentencia se declara que la cláusula suelo no es abusiva «per se», pero puede resultar abusiva y, por tanto, nula cuando en el caso de las impugnadas «carecen de la transparencia exigida en el artículo 80.1.º TRLCU, de manera que

²⁸ Rec. 223/2014, Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. ES:TS: 2017:788.

²⁹ El TJUE ha abordado esta cuestión en las Sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, Caso Matei, y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, en las que se pone de manifiesto que no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato. Véase sobre el análisis jurisprudencial, VELA TORRES, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

no permiten al consumidor identificar la cláusula como definitoria del objeto del contrato y/o conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos»³⁰.

Sin embargo, en jurisprudencia reciente se aprecia un endurecimiento de fondo de la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia de 9 de mayo de 2013³¹, dando por bueno que toda cláusula suelo, por el hecho de serlo, es sospechosa de falta de transparencia, salvo prueba en contrario³². No obstante, es preciso manifestar que esta jurisprudencia iría en contra de la doctrina de TJUE sobre el control de transparencia y el juicio de abusividad o control de contenido, establecida en los asuntos C-655/20 Gómez del Moral Guasch y C-79, Unión de Créditos inmobiliarios, S.A.³³, en el contexto de dos litigios entre consumidores y entidades financieras en los que se habían suscrito préstamos hipotecarios con el índice de referencia IRPH³⁴. El Tribunal resuelve estos dos asuntos a través de dos autos de 17 de noviembre de 2021, considerando que las dos cuestiones prejudiciales por las que se le preguntaba (elevadas al Tribunal por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona y por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza; respectiva-

³⁰ Sobre ejemplos de cláusulas que no superan el control de transparencia y merecen reputarse no transparentes o sorprendentes (cláusulas suelo, multidivisa, cláusulas que acogen el índice IRPH), *vid.*, MIRANDA SERRANO, *op. cit.*, pp. 21-29.

³¹ GÓMEZ GÁLLIGO, considera «A juicio del Tribunal Supremo español el control de transparencia debe extenderse también a aquellos extremos del contrato que estén redactados con condiciones generales, aunque afecten al objeto principal del contrato. La doctrina del Tribunal Supremo español también va en esa línea, sentada fundamentalmente en las sentencias 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014. De dicha jurisprudencia se deduce que lo que incumbe al predisponente es un deber de asegurar la transparencia real de sus cláusulas y no efectuar un control de dicha transparencia, que compete a los órganos jurisdiccionales. En este sentido se puede compartir parte del análisis del documento con control de cambios», 2015, p. 705.

³² Por ejemplo, STS de 24 de enero de 2018, 483/2018, (ECLI:ES:TS:2018/483). Ponente Excm.a Sra. Dña. María Lourdes Arastey Sahun, se establece que pese a que la falta de transparencia no supone la abusividad de una cláusula, en el caso de las llamadas cláusulas suelo su falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado. Sobre la reciente jurisprudencia en las denominadas «cláusulas suelo», *vid.*, GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, p. 705, y SÁEZ DE JUBERA HIGUERO, *RDC*, 2019, pp. 235-265.

³³ *Diario Oficial de la UE* de 24 de enero de 2022.

³⁴ En estos autos el TJUE se pronuncia a favor de las entidades financieras concluyendo que el profesional no está obligado a incluir en el contrato de préstamo hipotecario la definición completa a entregar al consumidor, antes de la celebración del contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de este índice, porque la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial. Todo ello, siempre y cuando un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés, y de valorar así las consecuencias económicas de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

mente), no introducían nada novedoso en esta materia, pues se trataba de cuestiones sobre las que ya se había pronunciado con anterioridad –en concreto, la sentencia de 3 de marzo de 2020 en el asunto C-125/18 (*La Ley* 5090) Gómez del Moral Guasch³⁵, donde se vino a decir que el hecho de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible –no transparente– no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, sino que, corresponde al juez nacional examinar, a continuación, si esa cláusula es abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 CEE, siendo este segundo análisis o control de abusividad un examen autónomo y adicional al análisis de transparencia, y que consistirá en valorar dos circunstancias: 1) si las cláusulas causan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes; 2) si dicho desequilibrio se produce de forma contraria a las exigencias de la buena fe. De modo que, aun no siendo transparente una cláusula puede no ser abusiva, porque no cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, o porque dicho desequilibrio no sea contrario a las exigencias de la buena fe.

Esto mismo ha sido ratificado en las Directrices sobre interpretación y aplicación de la Directiva 93/13/CEE que publicó la Comisión Europea el 27 de septiembre de 2019³⁶, en las que se incide que el incumplimiento de las exigencias de transparencia puede ser un elemento de la evaluación posterior del carácter abusivo de una determinada cláusula contractual y puede ser un elemento indicia-rio de dicha abusividad, si bien, no determina automáticamente la abusividad, la cual viene siempre determinada por los parámetros anteriores relativos al equilibrio y a la buena fe (sección tercera).

La citada doctrina fue recogida por la STS 595/2020 sobre la cláusula con referencia al IRPH, de 12 de noviembre de 2020³⁷, al declarar que «en todo caso, que la cláusula no sea transparente no

³⁵ En el primer auto (asunto C-655/20, Gómez del Moral Guash), señala que: «en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5, le incumbe examinar si tal cláusula es “abusiva” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva». Y añade, en el apartado 37 que «de ello se deduce que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13». En el segundo auto –dictado en el asunto C-79/21, Unión de créditos inmobiliarios, S.A.– el TJUE ha respondido a una de las cuestiones que se le plantearon concluyendo que «el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa y a una jurisprudencia nacional que consideren que la falta de buena fe del profesional es requisito previo necesario para llevar a cabo cualquier control de contenido de una cláusula no transparente de un contrato celebrado con un consumidor».

³⁶ *Diario Oficial de la UE*, C 323, de 27 de septiembre de 2019, p. 4.

³⁷ Rec. 2328/2016. Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Vela Torres. ECLI:ES:TS:2020:3613.

implica necesariamente que sea abusiva. Respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) se desprende del artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE, (...), que los controles de transparencia y abusividad son diferentes y el primero es presupuesto o antecedente del segundo». A partir de esta sentencia se han sucedido muchas otras en las que se aborda la consecuencia de la falta de transparencia de un elemento esencial del contrato que no es la nulidad por abusividad directa, sino que es necesario un control de contenido de la cláusula no transparente que determine su nulidad o no. Por tanto, el TS ha evolucionado en el sentido en el que lo ha hecho el TJUE³⁸, que, aunque en un inicio no se mostró a favor de un control de contenido de las cláusulas no transparentes, siempre se mostró favorable a una abusividad ponderada y no directa³⁹.

III. CONTROL DE CONTENIDO O DE ABUSIVIDAD DE LA COMISIÓN DE APERTURA. CAMBIO DE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

III.A. ANÁLISIS DE LA STS 44/2019, DE 23 DE ENERO DE 2019. VALIDEZ DE LA COMISIÓN DE APERTURA EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

La Sala de lo civil del TS (Pleno) el 23 de enero de 2019 dictó cinco sentencias (núm. 44; 46, 47, 48 y 49)⁴⁰ sobre el alcance de la

³⁸ SÁNCHEZ GARCÍA, «La Directiva 93/13 no preveía expresamente el control de transparencia de una forma autónoma, habiendo desarrollado el TJUE a través del principio del deber de información, para que la cláusula sea clara y comprensible, ese nuevo principio de transparencia, adquiriendo carta de categoría jurídica a través de la propia doctrina jurisprudencial del TJUE, mediante un proceso evolutivo y vertebrador de esos principios durante los últimos años, tanto del fundamento de buena fe, como del desequilibrio o cláusula desproporcionada, que ya conocíamos y desarrollando, no obstante, en toda su extensión el principio de transparencia, que lo ha incluido dentro del principio de buena fe, que desemboca su incumplimiento en la sanción de abusividad...», *Revista Derecho Vlex*, 2020, p. 4

³⁹ Sobre la evolución jurisprudencial del TJUE y el TS en relación a control de contenido de la cláusula no transparente *vid.*, CAÑIZARES LASO, *op. cit.*, pp. 1190. BUSTO LAGO, *Revista Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2020, pp. 1-13; SÁNCHEZ-VENTURA MORER, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2019, pp. 1-19. FERNÁNDEZ BRAVO Y RODRÍGUEZ CÁRCAMO sobre el tema señalan que «... lo que no parece admisible es que los tribunales traten de otorgar al consumidor una protección mayor de la que la propia directiva les reconoce vulnerando el esquema de análisis de la abusividad que la norma establece como aplicable y que fue considerado por el legislador europeo como elemento esencial para alcanzar la finalidad armonizadora de la norma. En definitiva, la vulneración del esquema de análisis de la abusividad que prevé la directiva, el cual exige analizar la transparencia y la abusividad como elementos autónomos es independiente, pone en entredicho la propia finalidad armonizadora de la Directiva», <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2022/01/24/directiva-93-13-directiva-de-clausulas-opacas>.

⁴⁰ Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena. Roj. STS 44/2019. ECLI:ES:TS:2019:102; Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. Roj. STS 101/2019, ECLI:ES:TS:2019:101;

restitución de los gastos de formalización del préstamo hipotecario tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos y sobre la eventual abusividad de la comisión de apertura del préstamo hipotecario.

La relativa al caso que nos ocupa es la STS 44/2019. En ella, el TS fijó doctrina determinando que la comisión de apertura constituye precio del contrato y, en consecuencia, debía considerarse elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario, pues junto con el interés remuneratorio, son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. El Alto Tribunal consideró que no se trataba de la repercusión de un gasto, sino del cobro de una partida del precio que dicha entidad fija por sus servicios, además de que la normativa nacional que la configura como retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo u otros similares, servicios siempre inherentes a la actividad del prestamista⁴¹.

Para comprender el fallo del Alto Tribunal es preciso detenerse en algunos de sus argumentos basados en los motivos casacionales alegados⁴². En primer lugar, consideró que no es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial⁴³, según la cual solamente

Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. Roj. STS 104/2019, ECLI:ES:TS:2019:104; Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. Roj. STS 105/2019, ECLI:ES:TS:2019:105.

⁴¹ Sobre el análisis de la sentencia, entre otros, ZARAGOZA CANO y ANTONIETTA ADAME, *Actualidad Jurídica*, 2021, pp. 1-9. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, 2019, pp. 74-82. PANTALEÓN PRIETO, 2020, pp. 1-24.

⁴² Los cinco motivos que basaron el recurso de casación interpuesto por el banco se limitaron a cuestionar lo referente a la comisión de apertura de préstamo hipotecario y a los gastos de notaría, registro y gestoría. Los motivos son los siguientes: Primero: se alega infracción de los artículos 80.1.º y 82.1.º del TRLCU en relación con el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13, con el artículo 60, apartados 1 y 2 del TRLCU (de conformidad con el art. 4, apartados 13 y 15, la parte B del Anexo H, apartado 3, secc. 4, de la Directiva 2014/17) y con la jurisprudencia del TS sobre la naturaleza y encuadramiento normativo de las cláusulas de un contrato de préstamo que afectan al conocimiento cabal y completo del precio total del crédito; Segundo: se alega infracción del artículo 80.1.º del TRLCU en relación con el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del TS sobre el control de transparencia sustantiva de las cláusulas referidas al precio del contrato, justificándose su admisión en la oposición de la doctrina jurisprudencial. Tercero: se alega la infracción de los artículos 87.5.º y 82.1.º, del TRLCU en relación a la jurisprudencia del TS sobre la imposibilidad de que los tribunales entren a controlar los precios de los contratos. Cuarto: se alega la infracción del artículo 89.3.º del TRLCU en relación con los aranceles de los notarios y de los registradores, pues se considera que la Audiencia contradice la jurisprudencia del TS sobre el tratamiento unitario de préstamo hipotecario, al determinar que ambas partes están interesadas en la obtención del préstamo y en su formalización.

⁴³ Aunque el recurso ante el TS versa sobre la cláusula de gastos y la comisión de apertura, señalar que de los hechos se desprende que se solicitaba la declaración de abusividad de varias cláusulas de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha de 13 de diciembre de 2005. En concreto, la nulidad de la cláusula que limitaba la variación a la baja del interés remuneratorio (cláusula suelo); de la cláusula que imponía al

el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Así, en la misma línea que la parte recurrente, el TS afirmó que la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo, al contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas esenciales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.

En su posición jurídica el TS sostuvo que la tesis contraria nos llevaría al absurdo de que para que el banco pudiera cobrar estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir al cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy probablemente pertenecería a su mismo grupo societario. Además, señaló que como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia, manifestando que, uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), permitiendo al consumidor conocer cuánto será el coste efectivo del préstamo, y realizar una comparación con otras ofertas, en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo y estandarizado, a través del cual el consumidor prestatario podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial o económico que la concesión de préstamo le supondrá⁴⁴. Por ello que, tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual artículo 60.2.º TRLCU y, específicamente, en las fichas de infor-

prestatario el pago de todos los gastos relacionados con el préstamo hipotecario (aranceles notariales y registrales, los impuestos y los gastos de gestoría), de la cláusula que establecía un interés de demora del 18,5% anual; y, finalmente, de la cláusula que establecía una comisión de apertura del 0,85%. El Juzgado de Primera Instancia, estimó en parte la demanda, declarando la nulidad de la cláusula suelo y la cláusula relativa al interés de demora. Sin embargo, desestimó la nulidad de la comisión de apertura, que consideró que formaba parte del precio. En apelación, y en lo que a nosotros nos interesa, la Audiencia Provincial declaró la nulidad de la cláusula de la comisión de apertura y condenó al banco a restituir a la prestataria la cantidad cobrada por este concepto.

⁴⁴ AGÜERO ORTIZ considera que «el argumento es harto cuestionable, pues en la TAE se incluye también el coste de los seguros vinculados e impuestos y nadie estaría dispuesto a sostener, por ello, que seguros e impuestos constituyeran precio del préstamo. Además, la causa de la concesión del préstamo y la comisión de apertura son distintas y, por ende, son retribuidas por sus respectivos precios», *Revista Jurídica sobre consumidores*, 2020, p. 11.

mación normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria⁴⁵.

Otros de los argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal que le llevaron a considerar que la comisión de apertura formaba parte del precio son la propia naturaleza del préstamo y las operaciones necesarias para la concesión del mismo, que muestran que la etapa inicial del contrato de préstamo exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades (preparación y concesión) que son de naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario mientras dura del préstamo⁴⁶, lo que justifica que la normativa relativa a esa actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura, pues la Audiencia Provincial argumentó para declarar su abusividad que las actividades que se pretenden remunerar son actuaciones internas de la entidad bancaria, inherentes al negocio bancario, que no proporcionan servicio alguno al cliente, por lo que atendiendo al artículo 87.5.º del TRLCU sería abusiva dicha cláusula, dado que solo permite cobrar comisiones que no respondan a un gasto o servicio efectivamente prestado que, según la Audiencia Provincial, en este caso no se produce.

Por otra parte, el TS señaló que la normativa existente sobre la comisión de apertura está destinada, precisamente, a asegurar su transparencia –agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la conce-

⁴⁵ Dentro de la normativa sectorial bancaria (anteriormente, la Orden de 5 de mayo de 1994 y actualmente la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios) que impone a las entidades bancarias unos deberes informativos tendentes a advertir al cliente de la existencia de ciertas cláusulas, *vid.*, SÁEZ DE JUBERA HIGUERO, *Revista de Derecho Civil*, 2019, p. 238. SÁNCHEZ LERÍA, considera que «La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (...), configura el deber de información precontractual como uno de los instrumentos clave para la protección del prestatario, regulándolo de forma muy detallada y en todas las fases previas a la celebración del contrato, estas son, en la publicidad, durante la formación y justo antes de su otorgamiento. Precisamente, en el cumplimiento de este deber es donde se manifiesta otro, este es, el deber de “transparencia material”, regulado también en la norma, y que se proyecta sobre la información precontractual que ha de facilitarse al contratante», 2020, pp. 147.

⁴⁶ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA señala que «la clave es, por tanto, que a pesar de su denominación como comisión no responde a una remuneración de una especial remuneración del prestamista que se pueda dar o no, sino a una forma de estructurar el precio del préstamo, pues se trata de una actividad que en todo caso es necesaria para conceder el préstamo o por decirlo de otra forma, todo préstamo implica dos tipos de costes para el banco: el de obtención y remuneración de los depósitos y el de la generación del préstamo individual. El precio que el banco le pone al préstamo tiene que cubrir esos costes y su beneficio. O al menos es libre mientras no le restrinja la libertad el legislador, que lo ha hecho en relación con los consumidores en relación con esas comisiones, prohibiendo las comisiones de estudio que en todo caso y conforme a las normas de transparencia citadas han de englobarse en la de apertura...», *op. cit.*, p. 77.

sión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE—. Si bien, dicha regulación, no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto. Es más, el hecho de que esas actuaciones iniciales sean inherentes a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que ésta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo entre interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el artículo 87.5.º TRLCU. A más, sostuvo que la normativa que regula esta materia configura la comisión de apertura como aquélla que se devenga por actuaciones inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito⁴⁷, por lo que sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones inherentes al negocio bancario, que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto a la propia concesión del préstamo.

Autores como Álvarez Royo-Villanova consideraron acertada la posición del TS, pues se trataba de un elemento típico del coste de los préstamos que podemos encontrar en un porcentaje altísimo de los préstamos concedidos por las entidades de crédito a empresas y profesionales y que responden a una lógica económica, dado que la generación del préstamo produce una serie de gastos. Según estos autores, la doctrina del TS era coherente con la aprobación del Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre y la Ley 5/2019 de 15 de marzo (LCCI), en la que se recoge que el prestamista ha de pagar los gastos notariales, registrales, de gestoría y tributarios del préstamo⁴⁸.

Teniendo en cuenta que para el TS la comisión de apertura formaba parte del precio, su consecuencia no podía ser otra que determinar que no era objeto de control de contenido cuando es transparente. Es más, teniendo en cuenta las anteriores premisas, la entidad bancaria no está obligada a probar en cada préstamo la realidad del coste del servicio prestado, ya que la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, dado que no refiere la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio

⁴⁷ Así lo hacía la norma tercera, apartado 1-bis-1.º, de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, y así lo hace la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 77.

cobrado a través de la prestación, sino que formaba parte del precio. Tanto es así que, para este Tribunal, y así lo sigue manteniendo, el principio de realidad del servicio remunerado no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo⁴⁹. Además de no poder exigirse a la entidad bancaria para justificar el cobro de esa parte del precio que tenga que probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones, ya que éstas no son prescindibles para el banco, al contrario, son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento. Al igual que tampoco es aceptable el argumento relativo a la falta de prueba de la proporcionalidad entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de las actuaciones iniciales de la concesión del préstamo, al considerar que la cuantificación del importe de la comisión de apertura forma parte de la fijación libre del precio de los servicios prestados por la entidad financiera y no la repercusión de un gasto⁵⁰.

En definitiva, TS entendió que exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es proporcionado al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de los precios, excluido por el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE⁵¹, impediría la fijación de

⁴⁹ Cfr. La redacción del anexo II, apartado 4, de la Orden de 5 de mayo de 1994 y del apartado I bis-b de la reforma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre (RCL 1990, 1944), en la redacción dada por la Circular 5/1994, de 22 de julio, que distinguen entre la comisión de apertura (respecto de la que solamente se prevén, en los términos empleados por la última de las normas citadas, «que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo») y «las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos» (respecto de las que exige que «deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo»). Esta regulación ha pasado en estos términos, al artículo 5.2.b) de la vigente Ley 2/2009.

⁵⁰ PAGADOR LÓPEZ manifestó que «A mi juicio, no cabe pensar que el mero hecho de la falta de reproducción del artículo 4.2 de la Directiva en el TRLGDCU (...) permita la práctica de un control heterónimo de precios, y ello por varias razones: porque es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE), además de muy difícil practicable (¿Cuál sería el criterio o parámetro de referencia para juzgar acerca del carácter abusivo de un precio?), y porque es dudosa su licitud en el sistema constitucional español, en el que la fijación de los precios se confía, como regla general, al mercado, lo que puede ser excepcionado mediante ley, pero no de forma general o indiscriminada (art. 38 CE), además de que falta una norma que lo prevea y permita de modo expreso». *Revista de los Derechos de los negocios*, 2013, pp. 11 y 12. En el mismo sentido, *vid.* SUAREZ PUGA, 2021, <https://almacendederecho.org/op-ed-la-reincidencia-del-legislador-en-el-control-de-abusividad-de-las-clausulas-predispuestas-referentes-a-elementos-principales-del-contrato>

⁵¹ Párrafo 21. «En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque esta resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13. (...)».

su cuantía por anticipado, de modo que imposibilitaría que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo, incumpliendo las exigencias ineludibles de las normas que regulan la transparencia en este tipo de operaciones. Por tanto, el TS consideró incorrecta la invocación que hacía la Audiencia a la incidencia negativa en el equilibrio prestacional por falta de prueba de la proporcionalidad entre el coste del servicio retribuido y el importe de la comisión de apertura que hace en la sentencia recurrida.

Es más, el citado órgano sostuvo que la comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo –como es el caso de la comisión de un riesgo, objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2015–, sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los principales pagos que el prestatario ha de asumir por la concesión y disfrute del préstamo, entrando de lleno en la previsiones del artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE. Distinto es que algunas entidades financieras opten por no cobrar comisión, prefiriendo limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero ello no permite configurar como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo, pues dicho ejercicio entraría dentro de sus competencias en el libre mercado.

Por último, en relación al carácter transparente de la cláusula sobre la comisión apertura, el TS en *obiter dicta* afirmó que la comisión de apertura hubiera superado el examen de transparencia, pues «Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redac-

ción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituyen un elemento esencial del contrato» (FD 5, apdo. 6)⁵².

III.B. SENTENCIA DEL TJUE (SALA CUARTA) DE 16 JULIO DE 2020

Como he manifestado, la STJUE de 16 de julio de 2020⁵³ puso en entredicho la doctrina del TS cuando dio respuesta a las preguntas que, en sus cuestiones prejudiciales, le fueron planteadas por los Juzgados de Primera Instancia de Mallorca y Ceuta, agrupadas en cuatro grandes categorías temáticas sobre la materia. En dicha resolución, por una parte, el TJUE falló en contra de los intereses de las entidades financieras, disponiendo la necesaria devolución de los gastos declarados abusivos y cobrados indebidamente a los prestatarios consumidores, salvo que la ley nacional previese lo contrario⁵⁴. Y, por otra parte, la sentencia abrió la posibilidad de declarar abusiva la controvertida comisión de apertura respecto de un contrato hipotecario firmado por Caixabank en el año 2000 y otro contraído con el BBVA en 2011, donde se determinó que los jueces nacionales sí eran competentes para declarar abusivas las cláusulas que contienen la comisión de apertura en cuya virtud se permite al banco cobrar a los clientes una porcentaje por la mera apertura del crédito, pero sin ofrecer la contraprestación de un servicio a cambio⁵⁵.

⁵² Sobre la comisión de apertura y transparencia, véase ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, *op. cit.*, pp. 79-80. ANCHÓN BRUÑEN considera que «En conclusión, según el Tribunal Supremo, la comisión de apertura forma parte del precio o contraprestación del préstamo, y es inconcebible que pase desapercibida al prestatario, que ha de pagarla al tiempo de la concesión del préstamo, por lo que siendo transparente no cabe apreciar su carácter abusivo, pues a los tribunales les está vedado el control de precios», *Diario La Ley*, 2020, p. 8.

⁵³ La STJUE de 16 de julio de 2020, también resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la restitución de gastos de hipoteca, que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula imponga al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos. Sobre la citada sentencia, consultar RUIZ DE LARA, *Revista jurídica sobre consumidores*, 2020, pp. 59-71.

⁵⁴ Así, a excepción del impuesto de actos jurídicos documentados, los bancos deberían devolver los gastos derivados de las cláusulas que en su día fueron declaradas abusivas. Sobre el tema *vid.*, CASTILLO MARTÍNEZ, *AC*, 2020, pp. 5 y 6.

⁵⁵ ANCHÓN BRUÑEN, manifestó que «En un principio se dijo que esta sentencia suponía un triunfo para los consumidores y un varapalo para las entidades bancarias; no obstante, hay que ser cautelosos al respecto, pues el TJUE no ha sido lo todo concluyente que debiera, y en algunos aspectos la doctrina contenida en esta sentencia puede dar lugar a distintas interpretaciones. El TS ya se ha pronunciado en la sentencia 457/2020, de 24 de julio, 2020, Rec. 1053/2018, manifestando que, respecto de los gastos notariales, registra-

La decisión del TJUE se pronunció sobre las cuestiones prejudiciales relacionadas con el control de abusividad de la comisión de apertura: 1) Si es conforme con los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que impide el control de abusividad por comprender que la comisión de apertura es precio y si debe entenderse que esta comisión constituye una retribución accesoria. 2) Si es conforme con el artículo 3.1.º y 2.º de la Directiva 93/13/ CEE una jurisprudencia nacional que declara que las comisiones de apertura superan automáticamente el control de transparencia, y si ello comporta una inversión de la carga de la prueba. 3) Si puede invocarse el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE cuando no ha sido transpuesto⁵⁶. 4) Si de conformidad con el artículo 3.1.º Directiva. 93/13/CEE debe considerarse que una comisión de apertura no negociada individualmente en la que el prestamista no pruebe que responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, causa desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debiendo ser declarada nula por el juez nacional.

En respuesta a las preguntas relacionadas con la comisión de apertura el TJUE reiteró que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de objeto principal del contrato son aquellas que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. Sin embargo, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto, correspondiendo al juez nacional evaluar si la comisión de apertura es o no esencial (apdos. 62 y 63). Esto es, las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del contrato –entendiendo por tales las que describen las prestaciones esenciales del contrato y que como tales las caracterizan– o la adecuación entre precio y retribución por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida por otra, están comprendidas dentro del ámbito regulado por la Directiva, pero exentas del control de contenido o abusividad, siempre que se redacten de manera clara y comprensible, *ex* artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE⁵⁷.

les y el IAJD, no modificaba la jurisprudencia contenida en sus sentencias de 23 de enero de 2019 (sentencias 44, 46, 47, 48, y 49/2019)», *op. cit.*, p. 1.

⁵⁶ Sobre la invocación del artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE, a pesar de no estar transpuesto al Derecho interno, y un estudio sobre el mismo, véase MARTÍNEZ ESPÍN, *La Ley Unión Europea*, 2015, pp. 8-17. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *op. cit.*, pp. 365 y 366.

⁵⁷ TOMILLO URBINA en su análisis sobre la citada sentencia manifestó: «La razón para eludir tan espinosa cuestión es que, según entiende el tribunal, en el asunto que es objeto del litigio principal solo es posible limitar –con arreglo al artículo 4.2.º de la Directiva 93/13 CEE– el control del carácter abusivo de la cláusula que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura, en aquellos casos en que esta cláusula se refiera a) definición del objeto principal del contrato, b) a la adecuación entre precio y retribución, o c) a los

Ahora bien, como orientación al juez nacional, el TJUE indicó que no puede identificarse objeto principal ni precio con el concepto de coste total del crédito para el consumidor –como determinó el TS al comprender que esta cláusula era precio por estar integrada en la TAE–, y que el hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. Todo ello, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4.º, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro⁵⁸.

En relación al control de transparencia sobre la comisión de apertura el TJUE determinó que, considerada o no esencial la cláusula, ésta ha de ser sometida siempre al control de transparencia (art. 4.2.º y 5, Dir. 93/13/CEE), quedando claro que no puede concluirse su carácter transparente automáticamente por el mero hecho de que se represente por un porcentaje. Si bien, el control de transparencia deberá tener en cuenta la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁵⁹.

En efecto, la exigencia de la transparencia de las cláusulas contractuales establecidas por la Directiva 93/13/CEE no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical, sino que la exigencia de transparencia ha de entenderse de manera expansiva, de modo que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su cargo, para lo cual es fundamental que pueda disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. De tal forma que, en función de esa

bienes y servicios que se proporcionen como contrapartida, siempre que dichas cláusulas se redacte de manera clara y comprensible», *Revista Derecho patrimonial*, 2021, p. 10. En este sentido las sentencias de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C: 2017:703, párrafos 35 y 36, y de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C: 2019:820, párrafo 32).

⁵⁸ Apartado 64. STJUE de 16 de julio de 2020. Sobre este aspecto TOMILLO URBINA afirma que «Por consiguiente, establece el TJUE que incumbe al juez nacional comprobar si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión y podrá valorar de manera informada el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato», *op. cit.*, p. 11.

⁵⁹ Apartado 68. STJUE de 16 de julio de 2020.

información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional⁶⁰. Estas consideraciones, tal y como señala Ruiz De Lara, imponen a la parte predisponente un deber de información precontractual, para que el consumidor medio razonablemente informado pueda comprender con carácter previo a la contratación de una condición general las consecuencias económicas de la aplicación de dicha cláusula⁶¹.

En tal sentido, el citado órgano sostuvo que el juez nacional tendrá que comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. Pudiendo, de este modo, el consumidor conocer los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión. De tal forma que atendiendo al artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 5 de ésta se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen como el descrito.

Otra de las cuestiones sobre las que se pronunció el citado órgano judicial fue el concepto de abusividad desde la perspectiva de los servicios efectivamente prestados como contraprestación, que conforme a las exigencias de la buena fe del artículo 3.1.º, de la Directiva 93/13/CEE el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. Y, en cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, declaró que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado,

⁶⁰ Apartado 70. STJUE de 16 julio de 2020.

⁶¹ RUIZ DE LARA señala que «El tribunal de Justicia de la Unión Europea destaca que la segunda categoría de cláusulas cuyo eventual carácter abusivo queda excluido de la apreciación tiene carácter reducido, ya que solo abarca la adecuación entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, exclusión que se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación. Por tanto, las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que deben pagar a este último el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecua al servicio prestado a cambio por el prestamista» *op. cit.*, pp. 62 y 63.

en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. Por tanto, para este Tribunal el artículo 3.1.º, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente⁶². Es más, del artículo 4.1.º, de la Directiva 93/13/CEE se desprende que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa⁶³.

III.C. ANÁLISIS DEL TS DE LA STJUE (SALA CUARTA) DE 16 DE JULIO DE 2020. PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL (AUTO 10 DE SEPTIEMBRE DE 2021)

Como se puso de manifiesto al comienzo de este trabajo, el TS mediante auto de 10 de septiembre de 2021⁶⁴ acordó elevar cuestión prejudicial ante el TJUE, al considerar que la sentencia de 16

⁶² Apartados 75 y 79, STJUE de 16 de julio de 2020. TOMILLO URBINA considera que «Las comprobaciones de los órganos jurisdiccionales pueden reorientar *sutilmente* el sentido de la jurisprudencia comunitaria en beneficio de las entidades de crédito. En este sentido, conviene recordar que la STS núm. 44/2019, de 23 de enero, entendió que la comisión de apertura retribuía servicios efectivamente prestados, complementarios –pero diferentes– de la remuneración del capital prestado a través del tipo de interés», en *op. cit.*, p. 14.

⁶³ CASTILLO MARTÍNEZ afirmó que «La resolución del TJUE resulta terminante al establecer que la imposición al consumidor de esta comisión de apertura le resulta perjudicial y es un acto contrario a la buena fe, a no ser que la entidad demuestre que se está prestando un servicio a cambio, aspecto que debe ser interpretado por el juez nacional, significando que la ley española ya disponía que por todo concepto cobrado debe prestarse un servicio. El TJUE puntualiza al respecto que cualquier cláusula que exima al profesional de demostrar que se han prestado estos servicios puede provocar un desequilibrio entre las partes, y, por tanto, los órganos judiciales tienen la competencia de declararlas nulas», en *op. cit.*, p. 4.

⁶⁴ Rec. Casación núm. 919/2019. Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Vela Torres. Roj. ATS 10856/2021, ECLI:ES:TS:2021:10856A.

de julio de 2020 partía de una interpretación errónea e información sesgada proporcionada por el Juzgado de Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19), en lo referido a la normativa nacional sobre la comisión de apertura⁶⁵. En concreto, manifestó que se omitió la Orden Ministerial de 4 de mayo de 1994, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, que define la comisión de apertura como parte del gasto que el prestamista puede repercutir al prestatario como consecuencia de la actividad de la entidad bancaria para conceder el crédito⁶⁶. A su vez, reprochó al Juzgado de Palma de Mallorca que interpretó erróneamente su fallo sobre esta comisión, pues en la cuestión prejudicial que plantearon afirmaron que el TS daba por sentada la transparencia automática de la citada cláusula, aspecto que el Alto Tribunal negó en el auto de 10 de septiembre de 2021 indicando que las condiciones generales establecidas en su sentencia de 2019 eran parámetros para enjuiciar la transparencia⁶⁷.

Tanto es así que en el auto de la Sala de lo Civil del TS de 20 de enero de 2021 (núm. recurso 1964/2018)⁶⁸ por el que se inadmite a trámite un recurso de casación, el citado órgano vino a determinar que la sentencia dictada en segunda instancia, que declara la validez de la cláusula no se opone a la doctrina establecida respecto a la comisión de apertura y su exclusión del control de contenido fijada en su sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero de 2019. Por tanto, el TS mantuvo su posición de defender la no abusividad de la

⁶⁵ Sobre la cuestión prejudicial planteada por el TS mediante Auto de fecha 10 de septiembre de 2021, POUSA VELÁZQUEZ manifestó que «El Tribunal Supremo ha considerado necesario interponer esta reciente cuestión prejudicial para afianzar su posición como intérprete del Derecho y para de esta forma conseguir una mayor seguridad jurídica. Además, ha aprovechado para criticar de forma evidente el planteamiento que llevó a cabo el Juzgado de Primera Instancia, núm. 17 de Palma de Mallorca, entendiendo que, como ya se ha expuesto, elevaron una cuestión al TJUE malinterpretando la jurisprudencia del Alto Tribunal y dando así una información errónea al órgano judicial comunitario. Continúa así el peregrinaje judicial de las distintas cláusulas bancarias, en este caso la comisión de apertura, para conseguir una armonización definitiva que permita a las entidades bancarias y a los consumidores operar con tranquilidad jurídica en el tráfico mercantil», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2021, p. 2.

⁶⁶ ZARAGOZA CANO, y ANTONIETTY ADAME, «El TJUE parte para pronunciarse de las cuestiones prejudiciales remitidas por el Órgano de origen que, como veremos, se trata de una interpretación sesgada de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la comisión de apertura, omitiendo la normativa y reglas completas aplicables a esta comisión», *op. cit.*, p. 4.

⁶⁷ El conocimiento general que los consumidores/prestatarios deben tener de esta cláusula, la propia comercialización de los préstamos hipotecarios por las entidades –ya incluye en el mensaje si hay o no este tipo de comisión–, el propio marco normativo que exige a la entidad bancaria a informar e incluso la exigencia de un análisis en la redacción de ésta y la ubicación de esta cláusula en el texto de la escritura pública de constitución del préstamo hipotecario.

⁶⁸ Ponente. Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spigelberg. ECLI:ES:TS:2021:237A.

cláusula de la comisión de apertura, al considerar que la STJUE de 16 de julio no modificaba su análisis, rechazando volver a pronunciarse sobre una cuestión que consideraba lo suficientemente aclarada⁶⁹. Es más, consideró que la STJUE de 16 de julio de 2020 no desvirtuaba su papel de órgano unificador de doctrina de ahí que los órganos de instancia no pueden ni deben sustituir la doctrina jurisprudencial del TS, pues ello traería consigo un derecho nacional confuso y distorsionado, máxime cuando el TJUE todavía no había resuelto su petición de decisión prejudicial –auto 10 de septiembre de 2021–⁷⁰.

Estas manifestaciones fueron recogidas en algunas sentencias de las audiencias provinciales. Así, la SAP de Barcelona de 1 diciembre 2020 (sección 15.^a)⁷¹ señaló que «en el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE se ha omitido el segundo apartado del artículo 5 de la Ley 2/2009, el cual aporta un tratamiento singular a la comisión de apertura. La diferencia resulta relevante, según ya ha determinado la jurisprudencia de nuestro TS, pues aquello a lo que responde la comisión de apertura viene determinado por la propia normativa que la regula...». Además, se aprecia que se cumple el principio de realidad del servicio remunerado en el caso de la comisión de apertura, no existiendo desequilibrio y, ni mucho menos, este puede calificarse de desproporcionado. Y, tam-

⁶⁹ Y es que autores como FERNÁNDEZ BENAVIDES manifestaron que «la sentencia del TJUE no es del todo clara y puede dar lugar a interpretaciones diversas. La primera, lógicamente, pasa por entender que la posición mantenida por el TJUE es diametralmente opuesta a la sostenida por el TS, en la medida en que se aparta claramente de la visión conceptual de la comisión de apertura, afirmando que no necesariamente ha de formar parte del precio del préstamo y que, por tanto, es un elemento accesorio del contrato sujeto al control de contenido. Pero también es posible interpretar que la STJUE no descarta de plano que la comisión de apertura pueda entenderse integrada en el precio del préstamo, sino única y exclusivamente que pueda llegarse a dicha conclusión por el mero hecho de que la misma *esté incluida en el coste total*. Así, los demás argumentos esgrimidos por el TS, que iban mucho más allá de esa cuestión en particular, se mantendrán incólumes». Por todo ello, entiende que el TS se mantenga en su doctrina, teniendo en cuenta el principio esencial de libertad en la fijación de precios, en el marco de la economía de mercado (art. 38 de la CE). Todo ello, sin perjuicio de que deba exigirse que las cláusulas que regulan el precio del contrato sean claras y comprensibles, independientemente de que este aparezca desdoblado en una comisión de apertura y un interés remuneratorio», *op. cit.*, p. 5.

⁷⁰ En el mismo sentido ZARAGOZA CANO, y ANTONIETTY ADAME «Esto es, las consideraciones 78 y 79 de la sentencia del TJUE parte de una visión sesgada de la normativa aplicable de la comisión de apertura, por lo que el análisis de la abusividad de dicha comisión no ha de fundarse en una aplicación automática de la meritada Sentencia del TJUE, sino que ha de valorarse a la luz de la normativa realmente aplicable y de la jurisprudencia del órgano supremo de interpretación del derecho nacional, esto es, nuestro Tribunal Supremo», *op. cit.*, p. 5. En opinión contraria *Vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, *Revista Derecho Vlex*, pp. 1 ss.

⁷¹ Rec. 423/2020. Ponente Excm. Sra. Dña. Berta Pellicer Ortiz. Roj. SAP-B 11451/2020, ECLI:ES:APB:2020.

bién, la SAP de Madrid de 19 septiembre 2020 (sección 28.^a)⁷², en la que efectuando un análisis de la validez de la cláusula de la comisión de apertura en aplicación de los controles de transparencia y abusividad, nos recuerda que dicha comisión, como concepto normativo, ha de ser interpretada de conformidad con la doctrina del TS, el cual actúa como órgano unificador de doctrina (*ex art. 1.6 del CC*). Además de que la función unificadora no queda desvirtuada por el papel del TJUE consistente en la interpretación del derecho comunitario, pero no del derecho nacional, competencia evidentemente reservada a los tribunales nacionales.

No obstante, no todas las audiencias provinciales se pronunciaron en el mismo sentido. Unas, siguiendo la doctrina TS, consideraron que la comisión de apertura es parte del precio y que por sus características no puede exigirse a la entidad bancaria que justifique el servicio o actividad como contrapartida. En cambio, otras, tomado como referencia la STJUE de 16 de julio de 2020, resolvieron en sentido contrario. Así, a modo de ejemplo de estas últimas, encontramos las SSAP Almería (sección 1.^a) 960/2020 de 15 de diciembre⁷³ y 21/2021 de 15 de enero de 2021⁷⁴; y, entre las primeras –criterio recogido en la STS 44/2019, de 23 de enero de 2019– destacamos las siguientes: SAP Madrid 437/2020 de 18 de septiembre (sección núm.28)⁷⁵; 1093/2021 de 4 de mayo de 2021 (sección núm. 28)⁷⁶; 1140/2021 de 6 de mayo de 2021 (sección núm. 28)⁷⁷; SAP Barcelona 2548/2020, de 1 de diciembre

⁷² Rec. 10684/2019. Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat. ECLI:ES:TS:2020:2021

⁷³ Ponente Ilmo. Sr. D. Salvador Calero García. JUR2021/329339, «a) La Comisión de apertura.

En este tribunal se venía aplicando el criterio recogido en la sentencia del Tribunal Supremo 44/2019, civil sección 1 del 23 de enero de 2019 que declaraba la validez de esta cláusula (...).

Sin embargo, con posterioridad ha recaído STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020 en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 y en Pleno de este Tribunal se ha acordado seguir el criterio en ella fijado...».

⁷⁴ Ponente Ilmo. Sr. D. Salvador Calero García. JUR 2021/330446. «En este tribunal se venía aplicando el criterio recogido en la sentencia del TS 44/2019, civil sección 1 del 23 de enero de 2019 la validez de la cláusula: (...). Sin embargo, con posterioridad ha recaído STJUE (sala cuarta) de 16 de julio de 2020 en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 en Pleno de este Tribunal se ha acordado seguir el criterio en ella fijado...».

⁷⁵ Ponente. Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González. JUR 2020/316538 «(...) II. La comisión de apertura como concepto normativo que debe ser interpretado de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En definitiva, el Tribunal Supremo es un órgano unificador de doctrina (...). Y este papel no resulta desvirtuado por la función que a su vez tiene atribuida el TJUE, que no es la interpretación del Derecho nacional...».

⁷⁶ Ponente. Ilma. Sra. Dña. María Isabel Ochoa Vidaur. JUR 2021/316626.

⁷⁷ Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Peñas Gil. JUR 2021/339928 «Cuarto. En lo concerniente a la comisión de apertura la sentencia de 18 de septiembre de 2020 de esta sección de la Audiencia Provincial establece que: «i. la comisión de apertura como concepto normativo (...).».

de 2020⁷⁸; SAP Sevilla 177/2021 de 5 de abril de 2021, (sección 5.ª)⁷⁹; SAP Córdoba 565/2021 de 18 de mayo (sección 1.ª)⁸⁰.

III.D. STJUE (SALA CUARTA) DE 16 DE MARZO DE 2023

Como se dijo, el TS mostró su malestar al transmitirse al TJUE una imagen distorsionada de la normativa interna atinente a la comisión de apertura y una información sesgada de la doctrina derivada de la sentencia n.º 44/2019, de 23 de enero. Consecuencia de ello, realizó una petición de decisión prejudicial al TJUE (auto de 10 de septiembre de 2021), en la que planteó tres cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 3. 1.º, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, en relación a la doctrina fijada en torno a la no abusividad de la comisión de apertura. Petición que obtuvo respuesta en la STJUE (Sala Cuarta) de 16 de marzo de 2023, (asunto C-565/2021), y que, como vamos a tener la oportunidad de analizar, consideró que la comisión de apertura no forma parte de la estructura del precio del contrato de préstamo o crédito hipotecario quedando sometida al control de contenido, y confiando a los órganos judiciales nacionales la determinación de la abusividad.

En relación a la primera cuestión prejudicial⁸¹, el TJUE consideró que debía referirse únicamente a la interpretación del artículo 4.2.º de la Directiva 93/13 CEE, pues a su entender el órgano jurisdiccional remitente, solo quería que clarificase si podía considerarse que la cláusula controvertida quedaba fuera del mecanismo de control de cláusulas abusivas que preceptúan los artículos 3.1.º

⁷⁸ Ponente Ilmo. Sra. Dña. Berta Pellicer Ortiz. AC 2020\1617 (ECLI:ES:APB:2020:1617) Respaldada la validez de la comisión de apertura al precisar qué servicios compensa. Entiende que dichos servicios vienen impuestos por las normas sobre solvencia bancaria o por las que protegen al deudor frente al sobreendeudamiento. Asimismo, considera que no puede entenderse abusiva por compensar servicios inherentes a la actividad o al propio negocio bancario, dado que dicho argumento justificaría la ilicitud de todo tipo de comisiones bancarias, además de no encuadrarse en ninguno de los preceptos de la LGDCU que regulan la nulidad de dichos clausulados.

⁷⁹ Ponente Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua. JUR 2021\32922.

⁸⁰ Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Roque Villamor Montoro. JUR 2021\268939.

⁸¹ ¿Se opone a los artículos 3.1.º, 4 y 5 de la Directiva 93/13/ CEE una jurisprudencia nacional que a la vista de la regulación específica de la comisión de apertura del derecho nacional como retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito, que se paga de una sola vez, y con carácter general, cuando se celebra el contrato, considera que la cláusula que establece tal comisión regula un elemento esencial del contrato, pues constituye una partida principal del precio, y no puede apreciarse su carácter abusivo si está redactada de manera clara y comprensible en el sentido extensivo que ha establecido la jurisprudencia del TJUE?

y 4, por entender que la comisión de apertura constituye una de las partidas principales del precio y, en consecuencia, un elemento esencial del contrato.

Sobre este aspecto, el TJUE mantuvo su interpretación sobre el artículo 4.2.º, en el sentido de que las cláusulas no se referirán a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, siempre que dicha cláusula se redacte de manera clara y comprensible⁸². De tal forma que debe entenderse que las cláusulas del contrato incluidas en el concepto objeto principal del contrato, a efectos del artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte de ese concepto⁸³. Precisando respecto de los contratos de crédito que en un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este, por su parte, se compromete principalmente a reembolsar, por regla general con intereses, esa cantidad en los plazos previstos, y que como señaló en la sentencia de 16 de julio de 2020 una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un contrato de préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este.

También el TJUE recordó que el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE fija una excepción al mecanismo de control de fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores, por lo que esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta. Lo que conduce a que no puede considerarse que la obligación de retribuir los mencionados servicios forme parte de los compromisos principales que resultan del contrato de crédito, es decir, por un lado, la puesta a disposición de una cantidad de dinero por parte del prestamista y, por otro, el reembolso de esa cantidad, por regla general con intereses, en los plazos previstos. En efecto, resultaría contrario a dicha obligación de interpretación estricta incluir en el concepto de objeto principal del contrato, todas las prestaciones que simplemente están relacionadas con el propio objeto principal y que, por ello, son de carácter accesorio⁸⁴.

⁸² Apartado 15.

⁸³ Apartado 17.

⁸⁴ Apartados 21 y 23.

Por tanto, en relación a la primera cuestión prejudicial el TJUE concluyó que el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del objeto principal del contrato a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio⁸⁵.

Sobre la segunda de las cuestiones planteadas referida a la valoración del carácter claro y comprensible de una cláusula que, como la controvertida en el litigio principal, establece una comisión de apertura⁸⁶, el TJUE se reafirmó en lo manifestado en la primera de las cuestiones prejudiciales, en el sentido de que la comisión de apertura no forma parte del objeto principal del contrato, a efectos de esta disposición y que, por tanto, ha de entenderse que el último elemento que el tribunal remitente menciona en esta segunda cuestión prejudicial se refiere a la circunstancia de que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula que establece la comisión de apertura permitan apreciar que esta constituye un elemento importante del contrato de préstamo o crédito hipotecario, puesto que la calificación de elemento esencial queda reservada a los elementos que forman parte del objeto principal del contrato⁸⁷.

Una vez precisado lo anterior, y reformulada la pregunta, el TJUE entiende que en realidad el TS tiene interés en evaluar la comisión de apertura a la vista del artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE. Por ello, sostiene que el precepto debe ser interpretado de manera extensiva, alcanzando a la comprensión gramatical y a las consecuencias económicas derivadas de la estipulación, toda vez que el

⁸⁵ Este pronunciamiento del TJUE viene a coincidir con la opinión AGÜERO ORTIZ, «la comisión de apertura no puede constituir un elemento esencial del contrato pues, en tal caso, su inexistencia comportaría bien la nulidad del contrato de préstamo, bien la calificación del mismo como gratuito. A más, el hecho de que pueda cobrarse o no esta comisión, manteniendo el préstamo su causa y esencia onerosa, determina su carácter accesorio», *op. cit.*, pp. 19 y 20.

⁸⁶ ¿Se opone al artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula que regula el elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario toma en consideración elementos tales como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias, la especial atención que le presta el consumidor medio por ser una partida del precio que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo y constituir una parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo, y que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato?

⁸⁷ Apartados 26 y 27.

sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional. Dicho de otra manera, la exigencia de la transparencia en la comisión de apertura debe entenderse en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de evaluar las consecuencias que se derivan de ella, atendiendo a criterios precisos e inteligibles. Ahora bien, esto no quiere decir que el prestamista esté obligado a precisar en el contrato de que se trate la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales, sino que, habida cuenta de la protección que pretende conceder al consumidor es necesario que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además de que el consumidor pueda comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que estos retribuyen⁸⁸. Asimismo, manifestó que es doctrina asentada que el carácter claro y comprensible de la comisión de apertura debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los aspectos de hechos pertinentes –que comprende la publicidad y la información ofrecida en el contexto de la negociación–, atendiendo al célebre estándar consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁸⁹. A más, insistió que ha declarado en reiteradas ocasiones que no le corresponde pronunciarse en un procedimiento prejudicial sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni juzgar si la interpretación que hace de ellas el órgano jurisdiccional nacional es correcta, ya que tal interpretación es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales⁹⁰. Por ello, acepta la información aportada por el TS, según la cual en virtud de la jurisprudencia nacional pertinente no se considera que una cláusula contractual que establece una comisión de apertura cumpla automáticamente la exigencia que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE.

En cuanto a la notoriedad de tales cláusulas, como elemento a tener en cuenta en la valoración del carácter claro y comprensible

⁸⁸ Apartados 30, 31 y 32.

⁸⁹ LÓPEZ JIMÉNEZ, *Diario La Ley*, 2023, p. 6.

⁹⁰ Apartados 33 y 37.

de tal cláusula, señala el TJUE que la notoriedad de tales cláusulas es un elemento que pueda tomarse en consideración aun así coloca en pie de igualdad la información obligatoria que la entidad financiera deba dar al potencial prestatario de acuerdo a la normativa nacional, y la información dada por dicha entidad al prestatario en el contexto de la negociación de un contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración de dicho contrato⁹¹.

Y para finalizar con esta segunda cuestión prejudicial, el TJUE afirmó que independientemente de que la ubicación y estructura de la comisión de apertura permitan constatar si constituye un elemento importante del contrato a través de los cuales permitan al prestatario evaluar las consecuencias económicas, el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que se retribuyen⁹².

En lo relativo a la tercera cuestión prejudicial⁹³ el TJUE, afirma que una cláusula regulada como la comisión de apertura no parece que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo. Aun así, puntualiza que sería contraria al artículo 3.1.º de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional de

⁹¹ Apartado 42.

⁹² Apartados 43-45.

⁹³ ¿Se opone al artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13 CEE, una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a la comisión de apertura de un contrato de préstamo o crédito, que tiene por objeto la remuneración de los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito (estudio de viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), como presupuestos para su concesión, que se establece expresamente en la normativa nacional como retribución de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo o crédito, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato?

la que se desprendiera que no cabe en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establezca una comisión de apertura por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos en la normativa nacional, pues en tal caso limitaría la facultad de los tribunales nacionales de llevar a cabo, de oficio, el examen, de acuerdo con esa disposición, de la potencial abusividad de las cláusulas en cuestión y, por consiguiente, no garantizaría un efecto pleno de los preceptos establecidos en el citado instrumento internacional.

Por tanto, y en respuesta a esta última cuestión prejudicial, el TJUE sostiene que: «El artículo 3 apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse que no se opone a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante, entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del tribunal de justicia»⁹⁴.

III.E. ANÁLISIS DE LA STS 816/2023, DE 29 DE MAYO. LA COMISIÓN DE APERTURA PUEDE SER OBJETO DE CONTROL DE CONTENIDO (ABUSIVIDAD) AUNQUE SEA TRANSPARENTE

El TS (Sala Primera) en la sentencia 816/2023, de 29 de mayo de 2023⁹⁵, modifica la doctrina de la sentencia 44/2019, de 23 de enero, conforme a los criterios fijados en la STJUE de 16 de marzo de 2023 y en virtud de la cual se establece que la comisión de apertura puede ser objeto de control de contenido según la Directiva 93/13/CEE, aunque no sea transparente, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato. Si bien, advierte de manera expresa que sobre la validez o invalidez de este tipo de cláusula no cabe una solución unívoca, puesto que

⁹⁴ Apartado 46.

⁹⁵ STS 816/2023, de 29 de mayo, ECLI:ES:TS:2023:816.

dependerá del examen individualizado de cada caso, en cumplimiento de los criterios fijados por el citado tribunal.

Esta STS 816/2023, de 29 de mayo, resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia que confirmó la nulidad de una cláusula sobre comisión de apertura incluida en un contrato de crédito con garantía hipotecaria⁹⁶. La sentencia de Primera Instancia estimó la demanda declarando la nulidad, entre otras, de las cláusulas de gastos y comisión de apertura y condenando a la entidad prestamista a pagar al demandante las cantidades abonadas en tales conceptos⁹⁷. La entidad financiera recurrió en apelación y la Audiencia Provincial confirmó la declaración de nulidad, por considerar que la atribución del pago de los gastos al consumidor era abusiva y porque la entidad prestamista no había justificado que el cobro de la comisión de apertura se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo⁹⁸.

El TS en su actividad casacional realizan el control de abusividad de la cláusula de la comisión de apertura conforme a los criterios fijados por el TJUE en la sentencia 16 de marzo de 2023⁹⁹. En el caso enjuiciado, aprecia que: 1) Se cumplió con lo previsto en el apartado 4.1.º del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994 –vigente en el momento de la celebración de contrato–; 2) La naturaleza de los servicios prestados en contrapartida de la comisión era fácilmente comprensible para el consumidor –figuraba claramente en la escritura pública, individualizada y resaltada como un pago único e inicial–; 3) La carga económica era conocida, coste predeterminado e indicado numéricamente e incluido como uno de los conceptos integrantes de la TAE, además de que el prestatario

⁹⁶ No olvidemos que la sentencia del TS es consecuencia de petición de decisión prejudicial que se formuló por auto de 10 de septiembre 2021 y que dio lugar a la STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21).

⁹⁷ «... Juzgado de Primera instancia e Instrucción de número 3 de Mahón dictó sentencia núm. 197/2018, de 27 de junio (...): 2. Condenar a la parte demandada a devolver a la parte actora la cantidad de 845€ cobrados en concepto de comisión de primera disposición, más los intereses devengados desde la fecha de presentación de la demanda» (antecedentes de hecho, Primero, apartado 4).

⁹⁸ La sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (...), dictó sentencia en fecha 27 de diciembre de 2018 (...), cuya parte dispositiva establece: «1.º Desestimar el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales (...), en representación de CaixaBank, S.A., contra la sentencia de fecha de 27 de junio de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mao, en los autos de Juicio Ordinario núm. 210/2018...».

⁹⁹ La STS de 816/2023, de 29 de mayo, recoge cuáles son los elementos que según el TJUE debe comprobar el juez nacional para concluir que la cláusula que establece la comisión de apertura de un préstamo o crédito hipotecario es clara y comprensible, en cuanto a sus consecuencias jurídicas y económicas, como requisito previo de transparencia para su licitud, los diversos instrumentos de comprobación, y los criterios para determinar la posible abusividad (en el FD séptimo, apartados 2, 3, 4).

tuvo conocimiento de su cobro en la misma fecha¹⁰⁰; 4) No existió solapamiento de comisiones por este mismo concepto –estudio y concesión del préstamo–. El resto de comisiones corresponden a otros servicios claramente diferenciados. 5) Tampoco considera desproporcionado el importe cobrado –0,65%– del capital prestado, teniendo en cuenta las estadísticas del coste medio de las comisiones de apertura en España. Todo ello le permite concluir, en este caso, que la cláusula sobre la comisión de apertura es válida al ser transparente y no abusiva, pues la Audiencia Provincial basó su decisión únicamente en que no justificó en qué consistieron los servicios retribuidos, requisito de validez que, según el TS, fue descartado por el TJUE¹⁰¹.

El análisis de STS 816/2023, de 29 de mayo, permite concluir que el TS cambia su doctrina en cuanto al sometimiento a juicio de abusividad a la cláusula sobre la comisión de apertura, aunque sea transparente, al aceptar que se trata de una cláusula accesorio definitiva del contrato de préstamo o crédito hipotecario y no elemento esencial del mismo. Sin embargo, ello no quiere decir que la comisión de apertura sea abusiva sino todo lo contrario, la nulidad de la misma habrá que determinarla tras un análisis individualizado de cada caso y con la aplicación de los criterios de la STJUE de 16 de marzo de 2023. Evidenciando la inexistencia de una respuesta unívoca y provocando, en mi opinión, un futuro incremento de litigios para satisfacción de los abogados y sus clientes/consumidores y, por contrario, un malestar tanto para las entidades de crédito por la inseguridad jurídica a la que quedan sometidas sus operaciones financieras, como para los tribunales de justicia al vislumbrar el volumen de casos sin dotación de medios suficientes para hacer frente a ellos.

IV. CONCLUSIONES FINALES

I. No hay duda sobre la validez de la cláusula sobre la comisión de apertura. Sin embargo, tras STJUE de 16 de marzo de 2023 queda sometida a juicio de abusividad, al no ser parte del precio –elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario–,

¹⁰⁰ «a) Comisión de apertura: sobre la primera disposición a calcular sobre el importe de la misma y a satisfacer en este acto, que asciende a la cantidad de ochocientos cuarenta y cinco euros (845,00 €)...».

¹⁰¹ Consecuencias casacionales de la aplicación de la doctrina del TJUE aplicación al caso. (FD octavo, apartados 1-8).

sino cláusula accesoria definitiva del mismo, contraviniendo la doctrina fijada en STS 44/2019, de 23 de enero de 2019.

II. La cláusula sobre comisión de apertura puede ser declarada abusiva si no cumple con los parámetros de transparencia –que sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical y pueda evaluar mediante criterios precisos e inteligibles las consecuencias de la misma–, y pueda demostrarse que su destino consiste en remunerar los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario.

III. Son los tribunales de justicia nacionales los que van a tener que dilucidar, caso por caso, y tras el correspondiente juicio de abusividad, si la comisión de apertura es contrapartida de los servicios prestados por la entidad crédito por el estudio, diseño y tramitación singularizada del préstamo o crédito hipotecario, además de verificar el no solapamiento con otros gastos previstos en el contrato, como los derivados de la concesión y puesta disposición del dinero –interés remuneratorio–.

IV. El TS modifica su doctrina en la sentencia de 20 de mayo de 2023 adaptándose a los criterios de la STJUE de 16 de marzo de 2023 en el sentido de que, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato en los términos del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, puede ser objeto de control de contenido –juicio de abusividad– aunque sea transparente. No obstante, advierte de que no cabe una solución unívoca sobre la validez o la invalidez, sino que dependerá de examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada.

V. La STS de 20 mayo de 2023, tendrá su repercusión en las operaciones crediticias, pues las entidades financieras tendrán que sopesar si mantener la comisión de apertura especificando en la información previa contractual los conceptos y el no solapamiento entre los distintos gastos y los servicios que se retribuyen, para que el consumidor pueda evaluar las consecuencias económicas del contrato, o salvar la inseguridad jurídica a la que quedan sometidos eliminando la cláusula sobre comisión de apertura con elevación de los intereses remuneratorios.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: *Vivienda, préstamo y ejecución* (Dir. Espejo Lerdo De Tejada, Manuel, y Murga Fernández, Juan Pablo y coords. Fernández Scagliusi, María de los Ángeles, Tomás Tomás, Salvador), Aranzadi, 2015.
- *Estudios sobre la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (Dir. Aranguren Urriza, Francisco José; Pretel Serrano, Juan José; Lerdo de Tejada, Manuel, Capilla Roncero, Francisco, coord. Murga Fernández, Juan Pablo, y Hornero Méndez, Cesar), Reus, 2020.
- *Comentario al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios* (Dir. Cañizares Laso, Ana y Zumaquero Gil, Laura), Tirant lo Blanch, 2022.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «STJUE de 16 de julio de 2020: procede restituir íntegramente los gastos de formalización del préstamo hipotecario y declarar la abusividad de la comisión de apertura», *Revista Jurídica sobre consumidores*, 2020, pp. 7-32.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo Luis: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (44/2019)», [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-3](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-3)
- ACHÓN BRUÑÉN, María José: «Qué ha cambiado tras la Sentencia TJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción de la acción y costas», *Diario La Ley*, núm. 9700, Sección Dossier, 21 de septiembre de 2020 (*La Ley* 10771/2020), pp. 1-26.
- ARANGUREN URRIZA, Francisco José: «Control notarial de legalidad en los préstamos hipotecarios», en *Vivienda, préstamo y ejecución* (Dir. Espejo Lerdo De Tejada, Manuel, y Murga Fernández, Juan Pablo, y Coords. Fernández Scagliusi, María de los Ángeles, Tomás Tomás, Salvador), Aranzadi, 2015, pp. 741-793.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier: «Límites imperativos en materia de condiciones financieras del préstamo», en *Vivienda, préstamo y ejecución* (Dir. Espejo Lerdo De Tejada, Manuel, y Murga Fernández, Juan Pablo., y Coords. Fernández Scagliusi, María de los Ángeles, Tomás Tomás, Salvador), Aranzadi, 2015, pp. 425-469.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Control de transparencia de cláusula de fijación de un tipo de interés mínimo en préstamo hipotecario a interés variable: suficiencia de la información precontractual e incompatibilidad de la transparencia con la abusividad. Comentario a la STS 9/2020, de 8 de enero (RJ 2019/5390)», *Revistas Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 114/2020.
- CÁMARA LA PUENTE, Sergio: «Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes», *Revista Jurídica sobre consumidores*, núm. Especial, 2021, pp. 26-44.
- CAÑIZARES LASO, Ana: «Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios* (Dir. Cañizares Laso, A., y Zumaquero Gil, Laura), Tomo I, ed. Tirant lo blanch, 2022, pp. 1153-1170.
- «Artículo 82. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios* (Dir. Cañizares Laso, Ana, y Zumaquero Gil, Laura), Tomo I, ed. Tirant lo blanch, 2022, p. 1177-1194.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Aranzadi, 2020.

- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Distribución de gastos hipotecarios, comisión de apertura, plazos de prescripción de la acción restitutoria e imposición de costas judiciales. La STJUE de 16 de julio de 2020 y su incidencia en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo», *Actualidad civil*, núm.º 11, Sección Derechos reales e hipotecario/ A fondo, 2020, La Ley (14079/2020), pp. 1-23.
- FERNÁNDEZ BENAVIDES, Miguel: «Comisión de apertura: The show must go on (sobre la STJUE de 16 de julio de 2020)», *Hay Derecho*, 22 de julio de 2020, <https://www.hayderecho.com/autor/miguel-fernandez-benavides/>, pp. 1-7.
- FERNÁNDEZ BRAVO GONZALO y RODRÍGUEZ CÁRCAMO, Juan: «Directiva 93/13: ¿Directiva de cláusulas opacas?», 2022, <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/01/24/directiva-93-13-directiva-de-clausulas-opacas>
- GÓMEZ AGUILERA, Ángel Marcos: «El control judicial de la existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución del contrato de préstamo hipotecario concertados con consumidores: análisis del estado actual de la cuestión», *Revista de Derecho bancario y Bursátil*, núm. 161/2021, pp. 1-12.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Control notarial y registral de la legalidad de los préstamos hipotecarios», en *Vivienda, préstamo y ejecución* (Dir. Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Murga Fernández, J. P.), Aranzadi, 2015, pp. 689-708.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María: «La comisión de apertura en los préstamos hipotecarios: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia de nuevo», *Diario La Ley*, núm. 10273, Sección Tribuna, 24 de abril de 2023, pp. 1-9.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Control de transparencia, cláusulas abusivas, consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo», *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 1, 2019, *Estudios*, pp. 361-397.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Control de abusividad sobre cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación del precio», *La Ley Unión Europea*, núm. 26, 2015, pp. 1-27
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria», *InDret*, 2018, pp. 1-79.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier: «De nuevo sobre las cláusulas predisuestas relativas a la parte económica del contrato», *Revista de los Derechos de los negocios*, n.º 268, sección artículos, 2013 (La Ley 1235/2013).
- PALAU RAMÍREZ, Felipe: «Condiciones generales abusivas: Alcance y criterios sustantivos del control de contenido. Una reflexión sobre el control de abusividad a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil), 2 de marzo de 2011, sobre las cláusulas de redondeo al alza», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2011 (BIB 2011/1062), pp. 1-16.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13», *Almacenderecho.org*, 2020, pp. 1-24.
- POUSA VELÁZQUEZ, José Joaquín: «El TS eleva nueva cuestión prejudicial al TJUE por la comisión de apertura de los préstamos hipotecarios», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 979/2021 (BIB 2021/6106), pp. 1 y 2.
- RUIZ DE LARA, Manuel: «Comentarios sobre la STJUE de 16 de julio de 2020, sobre gastos hipoteca y sobre la STJUE de 9 de julio de 2020, sobre acuerdos novatorios», *Revista jurídica sobre consumidores*, 2020, pp. 59-71.
- SÁEZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Control de transparencia material y actuación notarias conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 2, 2019, *Ensayos*, pp. 235-265.

- SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María: «Transparencia vs abusividad conforme a los principios fijados por el TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13», *Revista Derecho Vlex*, 2020, pp. 1 ss.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Sobre el deber de información y transparencia material en la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *Estudios sobre la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (Dir. Aranguren Urriza, F. J., Pretel Serrano, J. J., Lerdo de Tejada, M. E., Capilla Roncero, F., Coord. Murga Fernández, J. P., y Hornero Méndez, C.), *Reus*, 2020, pp. 145-170.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: *Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores y, también, con autónomos y empresarios (PYME)*, Aranzadi, 2021.
- SÁNCHEZ VENTURA MORER, Inés: «Cláusulas abusivas, principio de transparencia y elementos principales del contrato, Derecho inglés versus Derecho español», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2019, pp. 1-19.
- SUÁREZ PUGA, Ernesto, «El legislador insiste en controlar el contenido de las cláusulas que definen los elementos esenciales del contrato», *Almacenderecho.org* (sep. 13, 2021) <https://almacenderecho.org/op-ed-la-reincidencia-del-legislador-en-el-control-de-abusividad-de-las-clausulas-predispuestas-referentes-a-elementos-principales-del-contrato>
- TOMILLO URBINA, Jorge: «Algunas cuestiones de abusividad en préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 55/2021, pp. 1-27.
- VELA TORRES, Pedro José: «Configuración jurisprudencial de los controles de incorporación, transparencia y abusividad», *Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico, Cuaderno Jurídico*, núm. 71, 2020, pp. 14-23.
- VERDA Y BEAMONTE, De, José Ramón: «El control de transparencia de las condiciones generales de la contratación: el estado actual de la cuestión», 2019, <https://idibe.org/tribuna/control-transparencia-las-condiciones-generales-la-contratacion-estado-actual-la-cuestion/>
- ZARAGOZA CANO, Francisco, y ANTONIETTY ADAME, Alejandro: «La validez de la cláusula de la comisión de apertura a examen, tras el dictado de la STJUE de 16 de julio de 2020», *Actualidad Jurídica*, núm. 9, sección Protección de los consumidores/A fondo, 2021 (La Ley 9324/2021), pp. 1-9.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 20 de septiembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:703).
STJUE de 3 de octubre 2019 (ECLI:EU:C:2019:820).
STJUE de 16 de julio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:578).
STJUE de 16 de marzo de 2023 (ECLI:EU:C:2023:212).

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2753).

STS de 9 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916).
STS de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1702).
STS de 29 abril 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2207).
STS de 24 enero 2018 (ECLI:ES:TS:2018:483).
STS de 23 enero 2019 (ECLI:ES:TS:2019:101).
STS de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:102).
STS de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:103).
STS de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:104).
STS de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:105).
STS de 12 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3613).
STS de 29 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:816).
ATS de 20 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:237A).
ATS de 10 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:10856A).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Madrid de 18 de septiembre de 2020 (JUR 2020\316538).
SAP de Madrid de 19 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2021).
SAP de Barcelona de 1 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:1617).
SAP de Almería de 15 de diciembre de 2020 (JUR 2021\329339).
SAP de Almería de 15 de enero de 2021 (JUR 2021\330446).
SAP de Sevilla de 5 de abril de 2021 (JUR 2021\32922).
SAP de Madrid de 4 de mayo de 2021 (JUR 2021\316626).
SAP de Madrid de 6 de mayo de 2021 (JUR 2021\339928).
SAP de Córdoba de 18 de mayo de 2021 (JUR 2021\268939).

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

Evolución jurisprudencial en materia de usura de las tarjetas de crédito *revolving*

ALICIA AGÜERO ORTIZ

Profesora ayudante doctora de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Desde el año 2015 a esta parte, el TS ha dictado una pluralidad de sentencias en materia de usura de tarjetas de crédito revolving que ha comportado la desnaturalización de dicho control, al haber prescindido por completo de la ponderación de las circunstancias concurrentes. Así, provocó el paradójico resultado de que todas las tarjetas de crédito merecieran la consideración de usurarias, de suerte que el control de usura dejó de ser un control excepcional para ser predicable de todo un mercado. Con todo, desde 2022 se ha producido un viraje corrector en esta jurisprudencia, que ha establecido un criterio de usura con la finalidad de poner coto a las declaraciones de nulidad, la heterogeneidad de criterios y la inseguridad jurídica generada por sus primeros pronunciamientos. En el presente trabajo, pretendemos realizar un estudio jurisprudencial en materia de usura y, especialmente, en materia de usura del crédito revolving.

PALABRAS CLAVE

Usura, tarjeta de crédito, revolving, TAE, interés.

Jurisprudential evolution regarding the usury of revolving credit cards

ABSTRACT

From 2015 to this part, the Spanish Supreme Court has issued a plurality of judgments on the usury of revolving credit cards that have led to the distortion of the traditional usury control. This was a consequence of dispensing completely the evaluation of the circumstances surrounding the hiring. Thus, it caused the paradoxical result that all credit cards were considered usurious, so that usury control ceased to be an exceptional control to be predicable of the entire credit cards market. However, since 2022 there has been a corrective

turn in this jurisprudence, which has established a usury criterion to reduce the number of nullity declarations, the heterogeneity of criteria and the legal uncertainty generated by its first rulings. Throughout this paper, we will carry out a jurisprudential study on usury and, especially, on the usury of revolving credit cards.

KEY WORDS

Usury, credit card, revolving, APR, interest.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Tarjetas de crédito *revolving*.–3. La regulación de la usura en España. 3.1 La definición del «interés normal del dinero» y la esencialidad del requisito subjetivo en la tramitación de la LRU. 3.2 El plazo de ejercicio de la acción y *dies a quo* en la tramitación de la LRU.–4. Evolución de la jurisprudencia del TS en materia de usura. 4.1 Jurisprudencia previa al estallido de litigiosidad de las tarjetas de crédito *revolving*. 4.1.1 Concurrencia de los requisitos subjetivo y objetivo. 4.1.2 Tiempo y término de comparación: el «interés normal del dinero». 4.1.3 Ejemplos de usura. 4.1.4 Carácter de la acción, confirmación, prescripción y *dies a quo*. 4.1.5 Efectos propagatorios de la nulidad respecto a las garantías. 4.1.6 Efecto de la nulidad respecto al plazo de amortización. 4.1.7 Efecto de la nulidad respecto a la mora e intereses. 4.2 Jurisprudencia en materia de usura del crédito *revolving* y otros hitos. 4.2.1 La STS de 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5001): cuestionable cambio de doctrinal, germen de una jurisprudencia errática. 4.2.2 El problema del término de comparación y las estadísticas del BdE. 4.2.3 STS de 4 de marzo de 2020 (RJ 2020/407): materialización de las consecuencias del cambio doctrinal. 4.2.4 Disparidad de criterios en la jurisprudencia menor. 4.2.5 STS de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022/2373): el comienzo de la corrección del cambio doctrinal. 4.2.6 STS de 4 de octubre de 2022 (RJ 2022/4237): la confirmación de la corrección del cambio doctrinal. 4.2.7 STS de 13 de octubre de 2022 (RJ 2022/4463): la consecuencia de la usura es la nulidad total del préstamo. 4.2.8 STS de 15 de febrero de 2023 (RJ 2023/1101): fijación de una tasa de usura para tarjetas de crédito *revolving*. 4.2.9 STS de 28 de febrero de 2023 (RJ 2023/1280): aplicación de la nueva tasa y declaración de nulidad «parcial-temporal».–5. Conclusiones.–Bibliografía.–Jurisprudencia.–Anexo I. TAE tarjetas de crédito en 2023.–Anexo II. Comparativa TAE de tarjetas de crédito aportada por la defensa letrada de Estrella Receivables LTD.–Anexo III. Evolución TEDR en préstamos al consumo hasta un año entre enero de 2003 y julio de 2010.–Anexo IV. Tabla comparativa TAE y TEDR según las tablas estadísticas 19.6 y 19.4 del BdE.

1. INTRODUCCIÓN

La institución de la usura ha sido reconocida de antiguo. Con ella se pretende sancionar aquellos préstamos inmorales, contrarios al orden público, por lo excesivo de los intereses impuestos al prestatario y la desproporción de los mismos en relación con las circunstancias del caso, tales como garantías, duración, solvencia del prestatario, etc.

En España, la norma reguladora de la usura tiene más de un siglo de antigüedad y no estipula una tasa determinada, a diferencia de lo que realizan otros Ordenamientos jurídicos. Con todo, dado su carácter sancionador, siempre se entendió que constituía una norma de aplicación estricta y excepcional.

Sin embargo, desde el año 2015 a esta parte, el TS ha realizado una singular aplicación de esta norma en relación con las tarjetas de crédito *revolving* que podría ser calificada como «desnaturalización de la usura», puesto que ha prescindido por completo del estudio circunstancial del caso, reduciendo la consideración del carácter usurario a una respuesta binaria en virtud del tipo de interés pactado, exclusivamente. Para ello, el TS ha ido corrigiendo, matizando y, también, reiterando algunos de los criterios adoptados en su primera sentencia sobre las tarjetas de crédito *revolving*, hasta llegar a sus últimos pronunciamientos de 2023, en los que fija una tasa de usura para estos créditos.

En el presente trabajo pretendemos realizar un estudio jurisprudencial en materia de usura y, especialmente, en materia de usura del crédito *revolving*. Para ello, comenzaremos analizando, como no puede ser de otro modo, qué es el crédito *revolving*, cuáles son sus particularidades, su mercado objetivo y sus condiciones. Tras ello, estudiaremos la regulación de la usura y las principales concepciones jurisprudenciales previas a la jurisprudencia *revolving*, para poder contrastarla con esta última. Finalmente, realizaremos un repaso crítico de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de crédito *revolving*.

2. TARJETAS DE CRÉDITO *REVOLVING*

Consideramos imprescindible comenzar nuestro cometido exponiendo algunas pinceladas sobre el producto que ha causado el renacer de la usura como mecanismo sancionador de un mercado de financiación al completo. Sentar algunas nociones básicas sobre

este producto y sus condiciones nos permitirá reflexionar con posterioridad sobre su eventual carácter usurario.

Las tarjetas de crédito *revolving* no son más que una línea de crédito unida a un instrumento de pago (tarjeta), con la particularidad de tener un carácter revolvente; es decir, las tarjetas de crédito *revolving* se diferencian de los préstamos ordinarios en que constituyen una línea de crédito y, a su vez, se diferencian de las líneas de crédito al uso por su carácter revolvente. Por un lado, a diferencia de un préstamo, en el que se entrega una cantidad de dinero cierta al prestatario –naciendo en él la única obligación de devolverlo en las condiciones pactadas–, en la línea de crédito se fija un límite de disponibilidad hasta el cual el prestatario podrá tomar dinero a préstamo, de forma que la cantidad prestada y debida no es cierta, pues depende de las disposiciones que este realice (o no) a lo largo del tiempo. Asimismo, a diferencia de lo que sucede en un préstamo ordinario en el que el plazo de duración es fijo¹, y ello determina el importe de la cuota, en las tarjetas de crédito la duración es variable en función de la cuota que se fije (ya sea por determinación de cuota fija o de porcentaje sobre el capital dispuesto). Por otra parte, el crédito *revolving* se diferencia de las líneas de crédito ordinarias en que, a medida que se amortiza capital, este resulta automáticamente liberado para ser dispuesto de nuevo por su titular; es decir, amplía o regenera el límite de disponibilidad.

Ilustrémoslo con un ejemplo: imaginemos que un consumidor tiene una tarjeta de crédito (no *revolving*) con un límite de disponibilidad de 1000 euros, que realiza con ella una compra por valor de 1000 euros y que la cuota fijada es de 100 euros al mes (sin intereses –para simplificar la exposición–). Esto significa que el consumidor habría agotado el límite de disponibilidad en esa única compra y que, por tanto, no podría realizar nuevas compras ni disposiciones hasta que no amortizara por completo el importe dispuesto. Dicho de otro modo, el consumidor no podría volver a realizar pagos con su tarjeta de crédito hasta que no abonara las diez cuotas de 100 euros con las que amortizaría totalmente el dinero tomado a préstamo (o hasta que no amortizara anticipadamente). Por el contrario, supongamos ahora que la tarjeta del consumidor es una tarjeta de crédito *revolving*. A diferencia del caso anterior, el consumidor podrá volver a realizar disposiciones o compras con su tarjeta desde el momento en que realice el pago de la primera cuota, pues revivirá el límite de crédito el importe amortizado. Siguiendo

¹ Excepción hecha a algunas modalidades como la antigua «hipoteca tranquilidad» de Banco Santander, o la actual «hipoteca cuota blindada» de Caixa Popular, que no es más que una réplica del producto anterior.

el ejemplo anterior, al pagar una cuota de 100 euros sin intereses (es decir, amortizando 100 euros), obtendría (liberaría) una línea de crédito de 100 euros, y así sucesivamente.

Como puede observarse, el carácter revolvente no tiene, en lo absoluto, relación con el tipo de interés. Dicho de otro modo, el tipo de interés (alto) no es un elemento definitorio de los créditos *revolving*, sino que es y era común a todas las tarjetas de crédito (*revolving* o no). Por otra parte, en estas tarjetas, como en el resto de tarjetas o líneas de crédito, se produce recapitalización de intereses y se devengan intereses sobre las comisiones aplicables, pues se saldan con cargo a la línea de crédito; es decir, son tratadas como disposiciones de capital de la propia línea de crédito y, por ello, causan intereses y son abonadas por la modalidad prevista para el resto del capital dispuesto.

Otro de los aspectos que tener en cuenta de estas tarjetas, pero que tampoco constituye una característica exclusiva de las tarjetas de crédito *revolving*, es la configuración alternativa de las modalidades de reintegro. Por lo general, se articulan tres formas para restituir el capital: (i) mediante un pago único, con aplazamiento, pero sin fraccionamiento, y sin cobro de intereses (usualmente, pago a final de mes, pero también existen modalidades de pago semanal –*vid.* tarjeta «Ibercaja universal +7»–; (ii) pago fraccionado con determinación de una cuota fija que incluye el pago de intereses; y (iii) pago fraccionado con determinación de la cuota mediante un porcentaje sobre el capital dispuesto con intereses.

Habiendo sido expuestas las características básicas de estos productos, podemos atisbar ya cuáles son sus características menos beneficiosas. En opinión de quien escribe estas líneas, no lo son ni el «alto» tipo de interés ni la posibilidad de recapitalización, pues esto son características compartidas por otros productos. Por el contrario, consideramos que el aspecto más «perjudicial» deriva de una mala configuración de las opciones de restitución fraccionadas a cuota fija, principalmente. Al mismo tiempo, uno de los atractivos de estas tarjetas es la posibilidad de devolver el capital dispuesto con cuotas «bajas» y cómodas para todo prestatario; ello produce, consecuentemente, la extensión del plazo y, así, el incremento de los intereses. Con todo, como estará pensando el lector, esto tampoco constituye una particularidad de este producto. Es evidente que, a menor cuota, mayor plazo de restitución y mayor devengo de intereses; igual que sucedería en un préstamo donde el término sí es determinado y es ello lo que arroja el importe de la cuota: a mayor plazo, menor cuota, pero mayor acumulación de intereses. Ahora bien, sí existe un aspecto diferenciador respecto a los presta-

mos, y es que podría fijarse una cuota tan baja que fuera insuficiente para amortizar capital (esto podría suceder solo en la modalidad de pago con cuota fija). Si este fuera el caso, la deuda no solo no se reduciría, sino que incrementaría paulatinamente, pues sobre ella se continuarían generando intereses mes a mes².

Por lo tanto, cuando se afirma –con imprecisión y falta de propiedad– que «no existe tabla de amortización para estas tarjetas», se yerra, pues sí existe tabla de amortización, pero reviste dos particularidades: una, idéntica a todas las líneas de crédito, a saber, a medida que el prestatario realice nuevas disposiciones (ya sea por compras en comercios, retiradas de efectivo o devengo de comisiones), la tabla de amortización variará –como sucedería si realizara amortizaciones anticipadas en líneas de crédito o préstamos ordinarios–; y, otra, en caso de que la cuota predeterminada sea inferior a los intereses devengados, la tabla de amortización será creciente y sin fin, pues la deuda irá aumentando.

Esto no sucederá, sin embargo, cuando la cuota se configure como un porcentaje sobre el capital dispuesto, porque siempre se tomará este como referencia, de modo que siempre se amortizará una parte de él. Ahora bien, esta modalidad debería ser acompañada de una cuota final mínima, por ejemplo, de 50 euros, pues de lo contrario se dificultará la amortización, habida cuenta de que la cuota irá disminuyendo con la reducción de la deuda, y siempre se mantendrá vivo un adeudo, siquiera por céntimos de euro, pues siempre habrá un porcentaje sobre la deuda³.

² Imaginemos que un consumidor realizara una disposición de 2000 euros con su tarjeta de crédito revolving al 20% de tipo de interés nominal y con una cuota prefijada de 70 euros al mes. Esto significaría que, a final de mes, debería 2033,33 euros (pues se incorporan los 33,33 euros intereses devengados), de suerte que, al pagar su cuota de 70 euros, 36,67 euros se destinarían a amortizar capital y reducir de deuda, que ahora lo será de 1963,33 euros. Imaginemos ahora que realizara una disposición nueva de 3000 euros. Esto significaría que la nueva base sobre la que se devengan los intereses es de 4963,33 euros. Sobre ella se devengan intereses de 82,72 euros, de manera que la nueva deuda a final de mes es de 5045,06 euros. Cuando el consumidor abone su cuota de 70 euros es obvio que no alcanza ni a amortizar los intereses devengados (82,72 €), por lo que, por un lado, no amortiza capital (no reduce su adeudo) y, por otro lado, impaga 12,72 euros de intereses que incrementan su deuda: a final de mes, este consumidor deberá 4976,06 euros (más que en la mensualidad anterior). Consecuentemente, esta deuda seguirá creciendo sine die mientras no se amplíe la cuota a un importe tal que permita pagar los intereses mensuales aplicables y parte del capital.

³ Imaginemos que un consumidor tuviera una tarjeta de crédito revolving, al 20% TIN y con una cuota del 5% sobre la deuda. El consumidor dispone de 2000 euros, se devengan 33,33 euros de intereses, debe 2033,33 euros y su cuota será de 101,67 euros, por lo que amortizaría 68,33 euros y su saldo a final de mes sería de 1931,67 euros. El mes siguiente, este consumidor realiza una nueva disposición de 3000 euros, la base de devengo de intereses es de 4931,67 euros y los intereses devengados ascienden a 82,19 euros, por lo que la deuda esa mensualidad asciende a 5013,86 euros. Dado que la cuota constituye un porcentaje sobre la deuda, esta aumentará en esta mensualidad, alcanzando 250,69 euros, de los cuales, 168,50 euros se destinan a amortizar capital. Así, el saldo final de la tarjeta esa mensualidad es de 4763,17 euros. En estas circunstancias, en la cuota 150 (doce

En otro orden de cosas, podría considerarse que otro de los elementos perjudiciales de estos productos es su carácter revolvente, es decir, la posibilidad de volver a realizar disposiciones a medida que se amortice capital, pues *se dice* que ello provoca que los consumidores puedan caer en espirales de deuda⁴. Ciertamente, podría ser así, puede que existan consumidores para los que el consumo y la toma de dinero a préstamo pueda constituir una patología conductual o, dicho claramente, una adicción. Sin embargo, no consideramos que esto sea un defecto del producto en sí mismo, pues nótese que, si el cliente con este perfil no pudiera volver a realizar nuevas disposiciones con esta tarjeta, nada le impediría realizar nuevas disposiciones con otra tarjeta, es decir, solicitar nuevas tarjetas, préstamos ordinarios, líneas de crédito, micropréstamos, o servirse de otras modalidades de pago aplazado, como los BNPL (*buy now, pay later*).

Por lo demás, tan solo resta destacar que todas las tarjetas de crédito comercializadas por entidades de crédito *tradicionales* son de tipo *revolving*. Desde los años 90, en que se introdujo este producto en España, las tarjetas de crédito, tanto de la banca tradicional como del resto, incorporaban este carácter revolvente. En la actualidad, esto puede observarse en las tarjetas de crédito de BBVA, Banco Santander, Kutxabank, Ibercaja Unicaja Banco, Abanca, Caixabank, o Banco Sabadell, cuyas TAE oscilan, en la actualidad, entre el 10,03% de la «Tarjeta de crédito Platinum» de Banco Sabadell y el 35,364% de la «Visa Premium Class» de Ibercaja (*vid.* Anexo I. TAE de las tarjetas de crédito en 2023). Por tanto, no es el tipo de interés el elemento definitorio de estos productos de financiación, sino el carácter revolvente al que nos referimos con anterioridad.

En conclusión, el rasgo definitorio de las tarjetas de crédito *revolving* es que, a medida que se va amortizando capital, este vuelve a reintegrar el límite de disponibilidad, de modo que el usuario que hubiera hecho disposiciones por el importe total de su límite de disponibilidad, podrá volver a efectuarlas a medida que vaya amortizando capital, por el importe amortizado. Entre sus características, la más peligrosa –en relación con la protección de los consumidores– es la posibilidad de estipular cuotas fijas por importe inferior al interés devengable, impidiendo así la amortiza-

meses y medio), el saldo dispuesto sería de 28,74 euros, se devengarían intereses de 0,48 euros, la deuda sería de 29,22 euros, la cuota de 1,46 euros y se amortizarían 0,98 euros, de suerte que el saldo final ascendería a 27,76 euros. La única forma de evitar esta pervivencia del crédito es disponer una cuota final.

⁴ En palabras del Tribunal Supremo, como expondremos a su debido tiempo, «hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor “cautivo”» [*vid.* STS de 4 de marzo de 2020 (RJ 2020/407)].

ción de la deuda y ocasionando el incremento paulatino de la misma (cuando ello se permita y ejecute). Por el contrario, el hecho de que el tipo de interés sea *alto* o que el capital amortizado reintegre el límite de disponibilidad no nos parecen características especialmente peligrosas ni perjudiciales, pues están en línea con el resto de productos financieros de características semejantes: no añaden ningún riesgo adicional que no esté ya presente en la posibilidad de sobreendeudamiento por la pluricontratación de productos de financiación y de aplazamientos de pagos.

3. LA REGULACIÓN DE LA USURA EN ESPAÑA

En los Ordenamientos jurídicos regidos por la libertad de mercado, el control de precios es una facultad vetada a los poderes del Estado, con carácter general. Solamente en circunstancias excepcionales cabe restringir la libertad de precios y de empresa. Esto es precisamente lo que acontece con las normas de represión de la usura. Estas constituyen una facultad excepcional de limitar o declarar nulo un contrato de préstamo cuyos intereses son significativamente superiores a los intereses aplicados normalmente en el mercado de crédito. Esta facultad se justifica por el hecho de que la concesión de préstamos con intereses notablemente elevados, y debe recalcar que los intereses son el precio del préstamo, constituye un abuso inmoral de los prestatarios en situación de necesidad que, de otro modo, no habrían aceptado un préstamo en tales condiciones. Por eso, no debe sorprender que las normas de represión de la usura constituyeran tradicionalmente un ilícito penal.

Sin embargo, la regulación de la usura se remonta a tiempos arcaicos⁵. Así, se encuentran límites a los tipos de interés en las XII Tablas, en concreto, la doceava parte del capital prestado⁶, o en el Derecho romano clásico, el *usurae supra duplum*, es decir, el límite de los intereses devengables se fijaba en el doble del capital prestado⁷.

A pesar de la antigüedad de la institución, tras la crisis financiera global del año 2008 se produjo un renacimiento de la normativa

⁵ Para un estudio más profundo sobre la evolución histórica de la regulación de los tipos de interés en los préstamos y las regulaciones de usura *vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010; FUENTESECA DÍAZ, 1978, y ROSA DÍAZ, 2006. Con carácter más general: SABATER BAYLE, 1986; MÚRTULA LAFUENTE, 1999, y MARTÍNEZ DÍAZ, 2020.

⁶ XII Tablas, 8, 18, en MOJER, 1994, p. 50. Sobre las distintas interpretaciones de este precepto, así como sobre la evolución de la regulación de la usura, *vid.* BECEÑA GONZÁLEZ, 1915, pp. 67-73.

⁷ JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010, p. 28.

de represión de la usura como consecuencia de tres factores esenciales: (i) las dificultades financieras de buen número de consumidores que tuvieron que recurrir a la obtención de crédito para satisfacer sus necesidades vitales básicas –y no tan básicas–; (ii) el sentimiento de justicia material nacido en jueces y tribunales enjuiciadores de demandas de reclamación de cantidad instadas por prestamistas frente a prestatarios más o menos insolventes, por a la precaria situación en que quedarían dichos prestatarios de ser condenados al pago de la deuda reclamada; y (iii) la prohibición de arbitrariedad y discriminación en las resoluciones judiciales, de manera que, adoptado un determinado criterio en relación con un supuesto de hecho «conmovero», el criterio jurisprudencial debe aplicar igualmente al resto de supuestos de hecho objetivamente iguales [especialmente, desde que la STS de 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5001) eliminó el requisito subjetivo de la apreciación de usura, pero no nos adelantemos].

Como es sabido, en España, la normativa de protección frente a la usura se contiene en la «Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios» (en adelante, «LRU»), también conocida como Ley Azcárate. Esta norma se hizo precisa tras eliminación de la tasa vigente desde la Edad Media⁸ por el Código Penal de 1850, que suprimió el delito de usura, y la Ley de 14 de marzo de 1856, que declaró libertad de estipulación de los tipos de interés.

En particular, la LRU venía a atajar auténticos abusos en la concesión de crédito, ajenos al mercado de crédito ordinario, como expusieron los integrantes de las Cortes Generales encargados de su aprobación. Así, el senador Palomo y Ruiz presentaba la LRU como una «ley moralizadora y justa» que pretendía poner coto a «los usureros, a sus incalificables abusos y a los repugnantes delitos que realizan en sus odiosas maquinaciones, explotando las tristes circunstancias, los momentos de angustia que sufren aquellos desgraciados que por necesidades urgentísimas, por imperiosos apremios, al no disponer de recursos más precisos para vivir, tienen que entregarse a los vampiros de la miseria, los que faltos de absoluto sentido moral, en su codicia insaciable, facilitan dinero a los que a ellos acuden, exigiéndoles muchas veces hasta el diez por ciento mensual (...)»⁹. Por su parte, el diputado Ruiz Jiménez se

⁸ *Vid.* un repaso de esta regulación en España hasta la LRU en BECEÑA GONZÁLEZ, 1915, pp. 73-80; y en FERNANDO VIZCARRO, 1963, pp. 6-27. Destacan en la imposición de la tasa de interés la Cédula de Carlos IV de 16 de julio de 1790 en la que se fijaba el límite en el 6%, seguida por los artículos 397 y 398 del Código de Comercio de 1829 que mantenían esta tasa, así como la Real orden de 8 de octubre de 1938, en la que se fijaba la tasa máxima aplicable por El Monte de Piedad en el 5%.

⁹ PALOMO, 1908.

refería a préstamos sobre alhajas al 60%¹⁰ y a préstamos en los que se declaraba haber recibido cuatro veces más de lo realmente tomado a préstamo y para cuya restitución haría falta que transcurriera un tiempo superior al de la vida de una persona¹¹. Igualmente, el senador Aguilera se refería a pactos de retro en los que el acreedor obtenía entre el 40 y 60%¹², y Beceña González a «contratos en que, garantizada suficientemente la deuda e intereses por descuentos, retenciones, etc. se cobran intereses hasta del 48 por 100»¹³.

Con todo, la LRU se diferenciaba de las normas de represión de la usura previas en que no fijaba una tasa ni un límite específico a los tipos de interés, sino que dejaba al arbitrio de jueces y tribunales la facultad de anular los contratos que consideraran usurarios e inmorales, en una consideración global de las circunstancias de la contratación¹⁴. Así lo establecía nítidamente su artículo 2: «[I]os Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes».

Pese a que no pretendemos hacer una disertación historicista sobre la LRU¹⁵, consideramos que es necesario que nos detengamos mínimamente en el estudio de la inspiración e interpretación de sus creadores –y en las críticas que ellas ocasionaron– para entender cuál es el concepto de usura que maneja nuestra Ley y poder contrastarla, más adelante, con el *maremágnum* acaecido en materia de usura de las tarjetas de crédito *revolving*.

3.1 LA DEFINICIÓN DEL «INTERÉS NORMAL DEL DINERO» Y LA ESENCIALIDAD DEL REQUISITO SUBJETIVO EN LA TRAMITACIÓN DE LA LRU

Bien, la ausencia de tasa y dejación de la determinación de la existencia de usura al arbitrio de jueces y tribunales fue duramente criticada en la tramitación parlamentaria de la norma, pues se acusaba a la propuesta de ser poco valiente y potencialmente ineficaz. Dos eran las críticas principales: por un lado, el riesgo de heteroge-

¹⁰ *Ibid.* p. 75.

¹¹ «[E]n Madrid el que pide 1.000 pesetas firma 4.000, y como se le retiene para pago de intereses una cantidad, si se coge lápiz y papel y se hace la cuenta, resultará que necesitará vivir ciento y pico de años para pagar aquella cantidad». *Ibid.* p. 78.

¹² *Ibid.* p. 134.

¹³ Y seguía «[c]laro es que un contrato de esta naturaleza solo puede hacerlo de un lado una persona de una moralidad dudosa y de otro el que se encuentre en una situación que tenga que sacrificar todo un futuro a un momento presente en que la necesidad es inaplazable y agobiadora», en BECEÑA GONZÁLEZ, pp. 86 y 87.

¹⁴ FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 31.

¹⁵ Estudio que, por lo demás, ya fue realizado brillantemente por SABATER BAYLE, 1986, pp. 136-185.

neidad en las resoluciones y criterios judiciales y, por otro, la definición de usura por referencia a un concepto jurídico indeterminado como el «interés normal del dinero».

Por lo que respecta al primer aspecto, Ruiz Jiménez insistió en que esta forma de regular la usura permitiría la heterogeneidad de criterios en función de la plaza¹⁶ y continuaba afirmando, con vehemencia, que si la libertad de precios y la prohibición de tasa fuera tan inocua, no sería precisa la aprobación una ley contra la usura. Asimismo, advertía de que, en última instancia, se corría el riesgo de que se sancionaran como usurarios solo los préstamos de aquellos prestamistas que no contaran con el favor del juez competente¹⁷.

Frente a ello, tanto Azcárate como Canalejas (presidente de la comisión), defendían que esta facultad de arbitrio judicial fomentaba la flexibilidad *en la evaluación de las circunstancias de contratación* y fomentaría la estabilidad y permanencia de la norma, pues evitaría tener que realizar actualizaciones continuamente para adaptar los tipos de interés usurarios a las nuevas realidades sociales y del mercado¹⁸. Con todo, lo cierto y verdad es que, al menos, las primeras afirmaciones de Ruiz Jiménez respecto al riesgo de heterogeneidad local en los criterios jurisprudenciales se han

¹⁶ «Aumenta la gravedad del asunto cuando en el artículo 2.º se dice que los Tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes. Esto aumenta ya el temor de que pueda darse el caso de que dentro del territorio de la Monarquía entienda un Juzgado que interés normal es el 6 por 100, y otro Tribunal colindante entienda que el interés del 6 por 100 es anormal, y otro más lejano o del lado que entienda que es interés normal el 60 por 100; y esto no puede ser», en PALOMO, 1908, p. 58. También PALOMO Y RUIZ manifestaba: «[p]ero es preciso limitar el interés, señalar el máximo, para que los tribunales puedan a su arbitrio, según las circunstancias de cada caso de nulidad, mantener un criterio armónico en la jurisprudencia, y no ocurra, como pudiera suceder al no estar bien definido el interés normal, que este se establezca de manera algo caprichosa, según el modo de ser y pensar de cada juez», en la misma obra, pp. 27 y 149.

¹⁷ «El Sr. AZCÁRATE entiende que bastaría con dejar a la decisión libre del Tribunal, en cada caso, la resolución del problema (...). A mi juicio el magistrado no puede ser más que la ley que habla, el magistrado no puede tener opinión (...). Por ese camino no iremos más que a que prevalezca en cada caso la opinión del juzgador, y eso no lo puede admitir la ley (...). Ya sé yo, se lo he oído al señor Azcárate que hay que buscar el juez bueno. ¡El juez bueno! Desde luego todos los jueces de España son buenos; pero por el camino del artículo 2.º de esa ley, a donde vamos a ir es que el prestamista que tenga favor consiga la validez de su contrato, y el que no tenga favor vea anulado el suyo; eso es todo. (...) ¿Creen SS. SS. que es en contra al principio de la libertad económica la tasa? ¿Lo creen firmemente? Pues entonces no podían traer esta proposición de ley al Congreso. ¿Es que creen que es de tal naturaleza el mal que hay que acometer su remedio de una manera radical y rigurosa por nuestra parte? Pues entonces hay que ir a la tasa». En PALOMO, 1908, pp. 70-73.

¹⁸ «El arbitrio judicial en materia de dolo, daño, violencia e intimidación, lo dicen hasta los mismos obstáculos puestos a la admisión de casación, es criterio general en España y fuera de ella (...). [L]a tasa es inflexible, a menos de estar variando constantemente la ley; y la estimación circunstancial de las demasías, los excesos y de la codicia, combinados con otros elementos que integran el artículo 1.º de la ley, es circunstancial», palabras de CANALEJAS recogidas en PALOMO, 1908, pp. 85 y 86.

demostrado ciertas, como profecía cumplida, tal y como analizaremos con posterioridad.

En relación con el segundo aspecto criticable de la LRU, a saber, la indeterminación de qué debiera entenderse por «interés normal del dinero» y su falta de fijación de una tasa máxima de interés cierta, Ruiz Jiménez cuestionaba qué debía entenderse por este concepto y manifestaba que, en su criterio, había de ser el interés legal pues, si no fuera este, el artículo 1 de la LRU resultaría completamente inútil por dejar en manos de los prestamistas su determinación¹⁹. Asimismo, se postulaba partidario de establecer un sistema de tasas en las que se incrementara el límite del tipo de interés en proporción inversa al número de garantías del préstamo, o directa, en virtud del riesgo de impago soportado por el prestamista²⁰.

Frente a todo lo anterior, replicó Azcárate explicando que no era preciso fijar una tasa porque la LRU no se dirigía contra las tasas, sino contra los préstamos concedidos *sin consentimiento real* del prestatario, por su situación angustiosa. Es decir, el foco de la usura se hallaba, para su creador, en el requisito subjetivo²¹. Además, explicaba que era imposible fijar una o varias tasas, pues la determinación de usura depende, en última instancia, de las circunstancias²², de forma que no podía compararse un préstamo

¹⁹ «No ha resuelto nada con el artículo 1.º, porque el artículo 1.º habla de que es nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero, y yo me pregunto: ¿cuál es el interés normal del dinero? ¿Debe ser el interés legal? Ya sabemos que el interés legal era el de 6 por 100 en tiempo del Sr. D. Francisco Silveira; hoy es el de 5 por 100, y eso es lo que entiendo yo por interés normal. Yo no entiendo por interés normal otra cosa que el interés que ha fijado la ley. ¿Es un interés superior al interés legal? Pues ya no hay límite posible; interés normal será ahora aquel que se contrate por las partes», en PALOMO, 1908, pp. 56 y 57.

²⁰ «[Y]o creo que la Comisión debía haberse decidido a fijar un límite al interés. Será interés normal, por ejemplo, (...) todo interés que no pase del 6, del 7 por 100, cuando haya hipoteca, del 8 o del 10 cuando haya fianza personal; ya se cuidará el que dé el dinero de ver qué garantías se le ofrecen, qué fianza. (...) En el caso del préstamo que se hace a favor de un funcionario público que no tiene otra garantía que la de su sueldo, o de un jubilado que no puede ofrecer otra que la de su existencia (...) por ejemplo, del 15 por ciento, que no pase del 12 o la cifra que estime la Comisión», en PALOMO, 1908, pp. 58 y 59.

²¹ «Esta proposición de ley no va contra el principio de libertad de interés, no marca ni directa ni indirectamente la tasa, no es ese su objeto (...). A lo que aspira es a declarar la nulidad de aquellos contratos de préstamo que, por las condiciones en que se han llevado a cabo, implican una falta real y positiva de consentimiento, esto es, un vicio de fondo, y que además por aquella relación delicada en que se encuentra el orden jurídico con el orden ético que obliga al primero a poner ciertas sanciones a las infracciones del segundo», en PALOMO, 1908, p. 64.

²² «No es posible volver a la tasa de interés; S.S. mismo lo reconocía. ¿Cómo se puede comparar un préstamo a la gruesa con un préstamo hecho a una Compañía poderosa, y un préstamo sin garantía con préstamo con garantía hipotecaria? Pero la pregunta de S.S. era la siguiente: ¿Cuál es el precio normal? ¿El del mercado? ¿Y quién va a apreciarlo? ¿El Tribunal? ¿Y cómo no? ¿Quién lo va a hacer si no? Porque es que S.S. no leía todo el texto del artículo 1.º que dice “Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero, y manifiestamente desproporcionado con las

entre particulares con préstamos de entidades dedicadas a la concesión de estos²³, y pronunciaba las famosas palabras en las que explicaba que el interés normal del dinero no es el interés legal, sino el aplicado ordinariamente en el mercado de crédito de características homogéneas con el del préstamo cuya usura se evalúe. En sus propias palabras: «la normalidad de los intereses *es el precio normal del mercado*. ¿Cómo se sabe eso? Como lo saben todos los que se ocupan en estos asuntos. En las Bolsas y en los Centros mercantiles se conoce eso perfectamente y se sabe la diferencia que existe entre un préstamo a la gruesa y un préstamo ordinario, y entre un préstamo con garantía hipotecaria y otro sin garantía; y no cabe hacer esa determinación de que habla S.S. porque sería ir a la tasa que, a juicio de la Comisión, no puede restablecerse. (...) No cabe tasar la prueba y por eso el juez resolverá en cada caso, en vista de las alegaciones de las partes y según las circunstancias del contrato, que pondrán de manifiesto *si existe o no el abuso* que se trata de perseguir»²⁴.

Iguales críticas plantearon en el trámite en el Senado Palomo y Ruiz²⁵ y el Marqués de Casa-Laiglesia, que añadía que, si la ley no estableciese tasa máxima, no aportaría ningún remedio distinto al propio artículo 1275 CC²⁶. Por contrapartida, el Barón del Castillo de Chirel (de la Comisión), respondió que «el interés normal depende de cada ocasión, de cada momento, de cada población y *de las circunstancias*, y eso es lo que se pone en manos de los Tribunales, para que juzguen cuál es el interés, porque este *varía*

circunstancias del caso”. De suerte que hay que tener en cuenta todas las circunstancias, y en ellas entrarán las que S.S. citaba, pretendiendo, cosa que a juicio de la Comisión no es posible, que se señalaran aquí concretamente. Y luego a continuación dice el artículo 1.º: “... o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”», en PALOMO, 1908, p. 65.

²³ Como ha reiterado con acierto la STS n.º 257/2023 de 15 de febrero de 2023 (RJ 2023/1105), en materia de usura de un préstamo hipotecario concedido por un prestamista no entidad financiera.

²⁴ PALOMO, 1908, p. 66.

²⁵ PALOMO, 1908, p. 149.

²⁶ «[E]l principal defecto que venía en la ley (...) es que no se fija tasa de interés (...). A mí me ha sucedido, por ejemplo, en el comercio corriente, (...) ir a comprar una mesa de té que era de París, y me pidieron 600 pesetas. Miré yo la marca y el número, vi de dónde procedía y encargué a París una mesa exactamente igual, y con transporte, cambios y Aduanas, me costó unos 18 duros. De modo que el interés normal del dinero, en todos los negocios no se puede saber, porque depende de las circunstancias. (...) Se dice que no se puede ir a la tasa. Pues mientras se deje al arbitrio de los jueces no tendrá remedio el mal, porque si los jueces hubieran aplicado de otro modo la legislación vigente, yo sostengo que se habría podido ir antes de la promulgación de esta ley a acabar con la usura; no se necesitaba promulgar esta ley para que estuviera vigente el artículo 1275 del Código civil que establece la nulidad de los contratos cuando hay causa ilícita, cuando son inmorales, y, sin embargo, se han venido haciendo contratos de préstamos ilícitos y ese precepto no se ha aplicado», en PALOMO, 1908, pp. 95-97.

según las garantías que se dan, y así sucede que hay interés que muchas veces puede parecer usurario y no serlo, y otras veces parecer un interés sencillo y no serlo si las garantías que se dan son muy grandes para el prestamista. (...) [S]e trata de anular los contratos cuando el interés sea *notablemente superior a los corrientes*»²⁷. Y matizó después: «el interés debe ser menor cuanto menor riesgo se corre en el préstamo (...) hay veces en que el riesgo que se corre es muy grande, y entonces el interés no puede ser usurario aun siendo mayor»²⁸. Además, el Sr. Bellver, integrante de la comisión, insistió en que la pretensión de la ley era «poner coto a los desmanes»²⁹, por lo que los requisitos de su artículo 1 «excluyen en absoluto todas aquellas [consideraciones] que hacía el Sr. Marqués de Casa-Laiglesia con referencia a los *Bancos*, por ejemplo, al Hipotecario y a otras entidades de igual naturaleza, *que es imposible que caigan en la determinación del artículo 1.º*»³⁰.

Por su parte, Beceña González, en su estudio de la LRU, se planteaba abiertamente si debían concurrir ambos requisitos (objetivo y subjetivo) para poder considerar un préstamo usurario y, por ende, nulo; respecto a lo cual concluyó, siguiendo al Tribunal Supremo que, desde luego, debían darse ambas condiciones. En sus términos: «[e]sta cuestión ha sido ya bien resuelta por el Tribunal Supremo, que en sentencia de 19 de febrero de 1913 declaró que para que un contrato de préstamo sea nulo *no basta que el tipo de interés sea notablemente superior al normal del dinero*, porque la usura no consiste solo en que este sea menor o mayor, sino que además es necesario que exista manifiesta desproporción entre el interés estipulado y las circunstancias del caso; es decir, que haya una evidente y sentible falta de equivalencia entre el interés y el riesgo, porque entonces hay motivo para suponer que el contrato constituye una *explotación de la necesidad o de la inexperiencia* del que con estas condiciones lo aceptó»³¹.

En suma, la Ley de usura no tiene como finalidad anular préstamos por el mero hecho de que sus intereses sean altos, si ello no concurre con la existencia de circunstancias subjetivas de prevalimiento del prestatario, como actuación moral y éticamente reprochable. Así, concibe esta nulidad como derivada de la «ausencia real de consentimiento» del prestatario y de su causa ilícita. A mayor abundamiento, se asume que el interés ha de ser significativamente superior al aplicado en el mercado concreto comparable

²⁷ PALOMO, 1908, pp. 149 y 150.

²⁸ PALOMO, 1908, pp. 152 y 153.

²⁹ PALOMO, 1908, p. 110.

³⁰ PALOMO, 1908, p. 111.

³¹ BECEÑA GONZÁLEZ, 1915, pp. 87 y 88.

con el del préstamo cuya usura se cuestione, y se asume, en consecuencia, que la usura es cosa de los mercados informales y no de los mercados de concesión de crédito, que son, precisamente, los que determinan la «normalidad del dinero» a la que se refiere el artículo 1 de la LRU.

3.2 EL PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y *DIES A QUO* EN LA TRAMITACIÓN DE LA LRU

Nosotros siempre hemos concebido que la acción de nulidad por usura era imprescriptible, por tratarse de un supuesto de nulidad de pleno derecho y no de anulabilidad del artículo 1301 CC. Abonan esta postura sentencias como la STS de 14 de julio de 2009 (RJ 2009\4467), que declaró que la nulidad por usura es radical, insanable e imprescriptible (ahondaremos en ello al realizar el estudio jurisprudencial en el apartado 4 de este trabajo). Asimismo, hemos considerado que la acción de reclamación de cantidad, en caso de remanente de lo abonado por el prestatario respecto al capital prestado, también era imprescriptible, pues no constituye un efecto derivado del artículo 1303 CC que recondujera al artículo 1964.2 CC³², sino que la restitución deriva del propio artículo 3 de la LRU; es decir, es un efecto *ipso iure* de la declaración de usura³³ que no requiere del ejercicio de ninguna otra acción distinta de la acción de nulidad por usura³⁴.

Desde un inicio, la lectura del trámite parlamentario de la LRU, tal y como la recoge Palomo y Ruiz, parece compartir esta postura. Ello se infiere de las manifestaciones de Ruiz Jiménez, quien, pese

³² Tesis mantenida por ALBADALEJO GARCÍA, 1995, pp. 43 y 49, quien comprende que la acción de nulidad es imprescriptible, no así la restitutoria. También MARÍN LÓPEZ, *RCESCO*, 2021, pp. 58 y 59.

³³ *Vid.* STS de 29 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7330): «el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1908, en cuanto dispone que “declarada con arreglo a esta Ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado”; pero ocurre en el caso que nos ocupa que el Juez de Primera Instancia, cuya sentencia se confirma, dice que tal extremo no puede llevarse al fallo “al no haberse pedido alternativamente y so pena de tachar de incongruente la sentencia”; no es así, pues nunca puede tacharse de incongruente lo que es consecuencia necesaria de un pronunciamiento o declaración meramente complementaria, que va implícita en lo pedido al ser consecuencia *ex lege*».

³⁴ Respecto a los efectos de la declaración de nulidad, BECEÑA GONZÁLEZ explica que estos son distintos a los previstos en los artículos 1303 a 1306 del Código Civil, puesto que se exime al prestatario de abonar intereses legales como mecanismo disuasorio frente a la usura: «el prestamista ha hecho a sabiendas un contrato cuya nulidad debe serle conocida; justo es que pierda no solo la ganancia excesiva, sino también la lícita para que la percepción segura de esta, en todo caso, no le sirva de estímulo para pactar cláusulas leoninas», BECEÑA GONZÁLEZ, 1915, p. 93.

a criticar ferozmente la ausencia de fijación de una tasa máxima y dejar al arbitrio de los jueces la determinación de la usura, aplaudía que se hubiera regulado la acción de usura como una acción de nulidad completamente nueva, ajena a las previstas en el CC, y sin sujeción a ningún plazo de prescripción ni caducidad³⁵. Asimismo, este hecho justificaba que Felipe Picón propusiera una enmienda –sin éxito– por la que se incluyera un artículo, entre los artículos 11 y 12, que estipulase un plazo de caducidad de cuatro años y cuyo *dies a quo* fuera la consumación del contrato por pago completo o, de no haberse producido, la fecha de reclamación judicial del pago³⁶.

Con todo, posteriormente, en el debate del proyecto y de las enmiendas, el Sr. Ordóñez preguntó a la comisión directamente por el *dies a quo* de la acción de nulidad del artículo 1301 CC en relación con estos préstamos: «¿cuándo empieza a contar el plazo de la acción de nulidad? (...) no hemos de olvidar que el artículo 1301 del Código civil, al determinar el plazo en que debe hacerse efectiva la acción de nulidad, resume los distintos conceptos generales por los cuales se pueden anular los contratos (...) [y] [s]egún el motivo que dé causa a la nulidad del contrato, empezará a contarse en uno u otro modo el plazo de cuatro años (...)»³⁷. A lo cual respondió el Sr. Azcárate: «la Comisión entiende que el plazo de cuatro años comienza a correr, para los préstamos anteriores a la ley, desde la fecha de su promulgación, y para los ulteriores, desde el momento en que sea exigible la cantidad»³⁸.

En consecuencia, podría interpretarse que el proponente de la norma consideraba que la acción de nulidad por usura estaba sujeta

³⁵ «La Comisión del Congreso trae a deliberación de la Cámara de los diputados nada menos que un nuevo caso de nulidad de los contratos que no fue previsto por el Código civil, y un nuevo caso de nulidad de los contratos con un plazo verdaderamente extraordinario para poder ejercitarla. (...) En el presente que se crea, o que aspira a crear esta proposición de ley, se establece un caso de nulidad completamente nuevo y sin plazo limitado. Está bien; a mí me parece bien; yo creo que han acertado el Sr. Azcárate y la Comisión; es de tal magnitud el problema, (...) que la Comisión no debía vacilar y debía crear este caso de nulidad sin ninguna prescripción, fuera del orden que el Código civil ha establecido para los casos de nulidad y sin plazo que tuviera una prescripción determinada, sino con plazo completamente abierto», en PALOMO, 1908, pp. 55 y 56.

³⁶ El texto propuesto rezaba: «La acción para pedir la nulidad de los contratos a que se refiere esta ley durará cuatro años a contar desde que se hubieran consumado, mediante el pago total de la cantidad reconocida. Para los no consumados se contará el plazo desde que se reclame judicialmente la cantidad reconocida. La acción de nulidad no detendrá el juicio ejecutivo ni el procedimiento de apremio que en su caso procedan, limitándose sus efectos a detener el pago al ejecutante y quedando la cantidad realizada en depósito en el establecimiento destinado al efecto hasta que, resuelta cuestión de nulidad en el juicio correspondiente, pueda dársele la aplicación debida», en PALOMO, 1908, pp. 49 y 50.

³⁷ PALOMO, 1908, pp. 117 y 118.

³⁸ PALOMO, 1908, p. 119. Por este motivo, y con referencia a lo anterior, BECEÑA GONZÁLEZ afirma que la acción está sujeta al plazo de caducidad ordinario de cuatro años, con los mismos *dies a quo* que los señalados por el propio AZCÁRATE. BECEÑA GONZÁLEZ, 1915, p. 105.

a un plazo de caducidad de cuatro años desde el momento en que la cantidad fuera exigible, es decir, desde el vencimiento del préstamo (incluso anticipado). No obstante, consideramos que esta interpretación es contraria a la jurisprudencia y doctrina más reciente que sostiene la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de pleno derecho, como analizaremos detalladamente más adelante.

4. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS EN MATERIA DE USURA

Como podrá imaginar el lector, la jurisprudencia relativa a una norma de más de un siglo de antigüedad es extensísima y, en ocasiones, cambiante y contradictoria. Existen distintas metodologías mediante las cuales podríamos organizar y estructurar nuestro análisis. Dado que, a través de nuestro estudio, pretendemos contrastar la jurisprudencia en materia de crédito *revolving* con la jurisprudencia previa, para mostrar su ruptura y desacierto, hemos considerado que la forma más clara de desempeñar esta tarea es dividir la jurisprudencia en dos grandes bloques: (i) la jurisprudencia previa a la sentencia de 25 de noviembre de 2015 sobre tarjetas de crédito *revolving* (primera en la materia que nos ocupa); y (ii) las sentencias en materia de usura de tarjetas de crédito *revolving*, donde expondremos el contenido y significado de estas sentencias, y daremos cuenta de determinados hitos relacionados con ellas. No obstante, la estructura de cada uno de estos apartados será diferente, también, en persecución de la mayor claridad expositiva. Así, el primer bloque contendrá subcategorías analíticas, es decir, clasificaremos las sentencias en relación con los aspectos controvertidos que resuelven; sin embargo, el segundo bloque, integrado por un número de sentencias e hitos significativamente menor, será estructurado cronológicamente, lo que nos permitirá ilustrar la evolución, y los cambios de criterio, en la jurisprudencia del TS en materia de crédito *revolving*, así como confrontarlo con la jurisprudencia previa.

4.1 JURISPRUDENCIA PREVIA AL ESTALLIDO DE LITIGIOSIDAD DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO *REVOLVING*

4.1.1 Concurrencia de los requisitos subjetivo y objetivo

Una de las cuestiones de mayor relevancia en el enjuiciamiento de la usura de un préstamo es la interpretación que se efectúe del

artículo 1 de la LRU en relación con el carácter cumulativo o independiente de los requisitos que allí se enumeran; esto es, si basta con que el interés sea «notablemente superior al normal del dinero», sin más, o si, por el contrario, deben concurrir circunstancias subjetivas en el prestatario que demuestren el prevalimiento y abuso inmoral del prestamista. Aparte de ello, debe destacarse que «notablemente» implica que la diferencia entre el interés normal y usurario debe ser considerable³⁹, de gran entidad⁴⁰.

La jurisprudencia del TS ha sido vacilante en torno al número de préstamos usurarios previstos en el párrafo primero del artículo 1 de la LRU, pero consideramos, y trataremos de demostrar, que no lo ha sido en relación con la exigencia de ponderación de circunstancias subjetivas y objetivas que denotaran el abuso inmoral del prestamista, es decir, que nunca había bastado con que el interés fuera alto «sin más»⁴¹.

En particular, en ocasiones el TS sostenía que nos hallábamos ante dos tipos de préstamos usurarios, los del párrafo primero (interés alto y desproporcionado o leonino, y angustia o inexperiencia), y los del párrafo segundo (capital contractual mayor al realmente entregado). Este grupo jurisprudencial requería que concurrieran todos los requisitos del párrafo primero del artículo 1 de la LRU de forma conjunta para poder declarar el carácter usurario del préstamo⁴². Ejemplo de esta postura es la STS de 4 de enero de 1913⁴³ que afirmaba que «para ejercitar la acción de nulidad de préstamo (...) se requiere (...) la concurrencia de tres requisitos: primero, que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero; segundo, que sea manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que sea leonino; y, tercero, que haya motivos para estimar que haya sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

Por el contrario, otras sentencias del TS defendían la existencia de tres grupos de préstamos usurarios, tomemos como muestra la STS de 21 de octubre de 1911⁴⁴: «la citada disposición [LRU] no comprende todos los vulgarmente calificados como tales, sino tres grupos o clases que se distinguen por la característica común de presumir el legislador falta de libertad en el prestatario, dolo y

³⁹ MÉNDEZ PLAZA, *RGLJ*, 1910, p. 584.

⁴⁰ RODRÍGUEZ MARTÍN, 1923, p. 63.

⁴¹ *Vid.* el completo análisis jurisprudencial de MONSERRAT VALERO, *RAD*, 2011.

⁴² A favor de ello, ESTASÉN, *RGLJ*, 1909, p. 258.

⁴³ FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo...*, *op. cit.*, p. 42. Igualmente, las SSTs de 4 de enero de 1913 (*ibid.* p. 42); de 26 de junio de 1916 (*ibid.* p. 43); de 2 de enero de 1928 (*ibid.* p. 52)

⁴⁴ FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 41.

fraude, siquiera no salgan de la vía civil, en el prestamista; primero: en los que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; segundo: los en que se consignent condiciones tales que resulten leoninos o pactados de forma que todas las ventajas sean establecidas en favor del acreedor; y, tercero: los contratos en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera sean su entidad y circunstancias».

De conformidad con esta postura, podría pensarse que ello significaba que no era preciso que el prestatario atravesase una situación angustiosa o que fuese leonino (únicamente ventajoso para el prestamista), sino que bastaría con que el interés fuera alto —como veremos que interpretará erróneamente el TS en materia de crédito *revolving*—, pese a que también se exija la desproporción circunstancial que exige una valoración de las condiciones subjetivas y objetivas de la contratación.

Sin embargo, esto no es así, la propia STS de 21 de octubre de 1911 continuaba como sigue: «durante el curso del pleito, la parte demandada (...) solo ha atacado de usurarios a los créditos consignados en los pagarés por suponer se hallan dentro del primer grupo (...). [N]unca merecerían las operaciones de crédito de que se trata el concepto de usurarias, ni podría calificarse a D. H. P. de prestatario amparado por la referida Ley, porque lejos de obedecer, al contraer la obligación, a imperiosas necesidades de familia o personales de que carecía en absoluto, las propias manifestaciones de la demanda demuestran que las cantidades obtenidas, se destinaban a múltiples negocios que explotaba el deudor»; es decir, incluso cuando el TS ha considerado que existen tres grupos de préstamos usurarios, al evaluar si el interés era, además de notablemente alto, «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso»⁴⁵. Así pues, la sentencia realizaba —como debe ser al aplicar una ley que sanciona un supuesto de abuso inhumano y vulneración del orden público— una valoración subjetiva de la situación del deudor y una valoración objetiva del destino del préstamo y sus garantías.

Las muestras de la evaluación de las circunstancias subjetivas y objetivas de la contratación anterior, ya se interpretase que existían dos o tres grupos de usura, son inagotables:

— STS de 12 de junio de 1912⁴⁶: «[L]a Ley de 23 de julio de 1908 es aquí notoriamente inaplicable, por lo mismo que el caso

⁴⁵ Igualmente, SSTS de 24 de marzo de 1942 y de 5 de noviembre de 1955, en FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 61.

⁴⁶ FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 41.

de actualidad no se halla comprendido dentro de las condiciones taxativamente previstas en el artículo 1.º de la Ley, exclusivamente llamada a reprimir, según se ha expuesto, el abuso e interés de la codicia».

— STS de 8 de febrero de 1913⁴⁷: «el preciso acuerdo entre mutuante y mutuarios con el intento de dar impulso y mayor desarrollo al negocio industrial que los prestatarios venían ejercitando, produce, por su finalidad, una convención completamente distinta de aquellas otras que, con buen acuerdo, reprime la Ley de Usura, para castigar acciones provenientes de actos injustos y pactos inmorales empleados por prestamistas que al acecho de una necesidad sentida y de inmediato remedio».

— STS de 8 de junio de 1927⁴⁸: «declarándose probado en el caso de autor por el Tribunal a quo que el recurrente tiene rendimientos que le permiten vivir con holgura, sin encontrarse en situación angustiosa, uno de los requisitos necesario para que la usura exista, carece de aplicación al caso el artículo 11 de la citada ley».

— STS de 29 de febrero de 1928⁴⁹: «de conformidad con el espíritu y la letra de dicha disposición, que no basta para declarar dicha nulidad que el interés estipulado sea notablemente superior a las circunstancias del caso, ya demás ha de haberse aceptado por el deudor, obligado por su situación angustiosa o por la inexperiencia o limitación de sus facultades mentales, y esto es obvio, pues tratándose de una ley de carácter excepcional, es de interpretación rigurosa y restringida».

— STS de 29 de marzo de 1930⁵⁰: «Don M.B., hombre de negocios, emprendedor, con pequeño capital, acudió a don T.J., banquero para que descontándole letras, adelantándole giros, [etc.] (...) crearon por su autonomía de la voluntad un contrato mercantil (...) de operaciones comerciales que redundaba en beneficio de los dos; en el acuerdo para ganar un interés más o menos alegado, según la negociación de efectos comerciales, y en el deudor para una posibilidad de tener dinero para los apuros circunstanciales del comercio: como se ve, a nada de esto se refiere la Ley de Usura, que tiene una naturaleza y un desenvolvimiento social eminentemente civil para situaciones apuradas, agobios de tiempo e intereses crecidos. (...) [N]o basta que el interés sea crecido, porque el movimiento comercial lo permite, sino que se requiere una situación de angustia por parte del que recibe el dinero».

⁴⁷ FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 43.

⁴⁸ FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 52.

⁴⁹ FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 45.

⁵⁰ MARTÍNEZ DÍAZ, 2020, p. 119.

— STS de 22 de enero de 1931⁵¹: «el párrafo o inciso primero de la Ley de 23 de julio de 1908 (...) no declara nulos todos los contratos de préstamo, aunque se pactara un interés notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, o en condiciones que la convención resulte leonina, sino que exige además como castigo al prestamista desconsiderado que haya abusado de la crítica situación del prestatario, que este se viera obligado a aceptar el compromiso a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, estado excepcional que reviste carácter de hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales».

— STS de 20 de marzo de 1931⁵²: «según la doctrina jurídica ya sentada por el Tribunal Supremo, requiere para la nulidad del préstamo o negocio jurídico, pretendidamente usurario, la concurrencia de los tres requisitos».

— STS de 23 de abril de 1934⁵³: «[l]a Ley de 23 de julio de 1908 en su artículo 1.º, toma como base para definir cuáles contratos son nulos por usurarios, dos particularidades: una subjetiva derivada de las especiales circunstancias en que pueda encontrarse el obligado; (...) y otra objetiva referente a la causa de la obligación creada, pues el párrafo segundo del citado artículo, dispone la nulidad del contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sea su entidad y circunstancias, con base en el artículo 1275 del Código civil»⁵⁴.

— STS 10 de junio de 1940⁵⁵: «la indicada exigencia de que, conforme al sentido y tenor del primer párrafo del artículo primero de la Ley represora de la usura, se den conjuntamente los tres expresados requisitos, ha sido afirmado por esta Sala en continuadas sentencias a partir de la de 4 de enero de 1913, y ello ha de seguirse que por muy crecido y censurable que sea el interés que se pacte, no se podrá anular el contrato si por faltar motivos suficientes para apreciar de manera fundada que se aceptó a impulsos de la angustia, inexperiencia o deficiente mentalidad que antes se dicen, ha de entenderse que lo fue voluntariamente, obligándose el prestatario a cumplir el contrato en las condiciones convenidas en uso de la libertad que para contratar asiste a los contratantes en quienes no se dan aquellas circunstancias que vician el consentimiento».

⁵¹ FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 53.

⁵² FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 54.

⁵³ FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 57.

⁵⁴ Igualmente, STS de 10 de junio de 1940, en FERNANDO VIZCARRO, 1963, pp. 57 y 58.

⁵⁵ MARTÍNEZ DÍAZ, 2020, p. 155.

— STS de 6 de julio de 1942⁵⁶: «la aspiración de convertirse en propietario –sin duda, legítima– no puede estimarse productora de la situación angustiosa a la que hace referencia la Ley de 23 de julio de 1908 y que supone una agobiante necesidad o cuando menos un apremio grave de orden económico que fuerza a quien lo sufre a aceptar el préstamo en condiciones manifiestamente perjudiciales, situación que al celebrarse el contrato no se daba en el recurrente pues, según reconoce en la demanda, disponía entonces de la no despreciable cantidad de 150 000 pesetas».

— STS de 12 de julio de 1943⁵⁷: «esta Sala, en su más reciente doctrina, tiene definido que no es necesario, para que un contrato deba ser declarado usurario, que existan conjuntamente todos los requisitos contenidos en dicho artículo 1.º, pues “basta que se aprecie la existencia de un interés pactado notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, para que proceda declarar la nulidad del contrato, sin que se requiera ninguna otra circunstancia”, es también jurisprudencia reiteradísima en aplicación rigurosa del texto legal de referencia, en su inciso relativo a este último especial supuesto, que *es necesario relacionar, al objeto de la calificación del negocio usurario, la cuantía del interés estipulado con el fin a que el prestatario destinase el importe del préstamo y con los riesgos que corra el prestatario*». Igualmente, y con cita a esta sentencia, se manifiesta la STS de 5 de noviembre de 1955⁵⁸.

— STS de 5 de diciembre de 1953⁵⁹, de nuevo desestima el recurso del prestatario porque el «Juzgado de Primera Instancia admite que en modo alguno el prestatario convino el préstamo por motivo de angustiosa situación, inexperiencia o limitación de sus facultades mentales».

— STS de 13 de diciembre de 1958⁶⁰: «el Tribunal Supremo tiene declarado: Primero, que la Ley de 23 de julio de 1908 (...) se ocupa de aquellas modalidades que el ingenio de los prestamistas avizora bien para estipular en los contratantes en que intervienen un interés superior al normal del dinero, ya para aprovecharse de la situación angustiosa de los deudores o tan solo para suponer recibida mayor cantidad que la verdaderamente se entrega».

— STS 7 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6383): «se citan como conculcados, por errónea interpretación el artículo 1.º inciso primero del primer párrafo de la Ley de 23 de julio de 1908 y las

⁵⁶ FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 58 y 59.

⁵⁷ MARTÍNEZ DÍAZ, 2020, p. 166.

⁵⁸ MARTÍNEZ DÍAZ, 2020, p. 178.

⁵⁹ FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 60.

⁶⁰ MARTÍNEZ DÍAZ, 2020, p. 186.

Sentencias de 15 de diciembre de 1965 (RJ 1965/5887) y de 14 de abril de 1966 (RJ 1966/1773); denegada por la sentencia de apelación, confirmatoria de la de primera instancia, la situación de angustiosa necesidad así como la inexperiencia o la limitación de las facultades mentales de los prestatarios recurrentes, no cabe hacer aplicación del supuesto en el precepto invocado como infrin-gido».

— STS de 30 de enero de 1990 (RJ 1990/103): «la acción ejercitada al amparo de la Ley 23 de julio de 1908, de represión de usura exige como requisito previo la existencia de un contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal de dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales o, en otro caso, un contrato en el que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente integrada o una operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualquiera que sea la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido».

— STS de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/666): «dicha Ley ya que se limitó, en su artículo 1, a declarar la nulidad para “todo contrato en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino”, así pues, no cabe mantener que el Tribunal “a quo” desconociera la jerarquía normativa de las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, máxime, cuando en el aludido considerando de su sentencia ni estimó probada la existencia de una situación angustiosa en el prestatario, ni desproporcionado el interés pactado, por lo que es de concluir, sin necesidad de mayores razonamientos, que el motivo ahora examinado no puede prosperar».

— STS de 20 de junio de 2001 (RJ 2001/4346): declaró usurario un préstamo hipotecario al 20% firmado de forma «clandestina» –puesto que en el documento contractual inscrito se fijaban los intereses en el 4% con falsedad–, en el que, además, debían abonarse los intereses por adelantado. «Todo lo anteriormente expuesto conforma de modo objetivo la exigencia legal de que el interés sea notablemente superior al normal. También se deduce de los autos la situación angustiosa de los prestatarios, que el artículo 1 de la tan citada Ley requiere para calificar de usurario un préstamo».

— STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/2879): «la Ley de Usura tiene por nulo, desde su artículo 1, el préstamo para el que

“se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino” –adjetivaciones que encierran referencia a lo que es *descarado en lo desmesurado con grado sumo*– llevando a suponer que fue aceptado en situación angustiosa, de inexperiencia o de limitación mental *porque en la normalidad del aceptante produciría inmediato rechazo*».

— STS de 7 de mayo de 2002 (RJ 2002/4045): respecto a aún préstamo hipotecario al 29% de interés, sostenía el TS que «[e]l párrafo 1.º del artículo 1 determina la nulidad de todo contrato de préstamo en que se estipule “un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”». Pese a ello, continúa con la valoración de las circunstancias objetivas y subjetivas: «[d]eclarado por la sentencia recurrida que el interés pactado era “notablemente” superior al normal del dinero, es lógica su deducción de que era manifiestamente desproporcionado también con las circunstancias del caso, dado que la recurrente no corría riesgo alguno de la no devolución de la cantidad prestada por la hipoteca que para asegurarla había constituido el prestatario sobre inmueble, de valor muy superior a aquella cantidad».

— STS de 23 febrero de 2006 (RJ 2006/5792): para declarar un préstamo o crédito usurario debe acreditarse la concurrencia de un interés desproporcionadamente alto y su carácter leonino, esto es, que el prestatario lo firmase forzado por una situación de angustia económica o por inexperiencia.

— STS de 23 noviembre de 2009 (RJ 2010/140): «[l]a argumentación del motivo resumida en que, para apreciar la usura, basta un interés superior al normal (habitual) del dinero al tiempo de la operación jurídica unida a la prestación de una garantía hipotecaria que evita el riesgo para el acreedor, no es exacta porque la “desproporcionalidad” –supuesto legal de interés “manifiestamente desproporcionado”–, además de ostensible, debe contrastarse –medirse o ponderarse– en relación con las demás circunstancias y con la tasa del interés (...). Las afirmaciones que se efectúan en orden a la existencia de abuso, clarísimo e injusto desequilibrio económico entre las partes, condiciones onerosas y leoninas, no son coherentes con las circunstancias concurrentes (...). La operación que se impugna respondió a un incumplimiento del deudor y supuso una refinanciación con un nuevo plazo y unos intereses inferiores (se reducen del 28% al 19%) a los de las operaciones con saldo negativo vencidas objeto de refinancia-

ción. Ello no puede ser tachado de abusivo ni injusto porque es beneficioso para la parte deudora».

— STS de 23 de noviembre de 2011 (RJ 2012/569): «[p]ara poder determinar la existencia o no de un tipo de interés muy elevado hay que analizar el caso concreto debatido, pues la desproporcionalidad –supuesto legal de intereses manifiestamente desproporcionados– además de ostensible, debe medirse o ponderarse en relación con las demás circunstancias».

Mención especial merece la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012\8857), ponente Excmo. Sr. Orduña Moreno, por su claridad expositiva y didáctica. En ella, se explica con absoluto acierto que la LRU constituye una «expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255, se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, *que explota una determinada situación subjetiva de la contratación*, los denominados préstamos usurarios o leoninos». Asimismo, tras rechazar que quepa hablar de distintos tipos de préstamos usurarios, explica que «el control se proyecta sobre la relación comercial considerada en su unidad contractual, de forma que, sobre la noción de lesión o perjuicio de una de las partes, el control se proyecta de un modo objetivo u objetivable a través de las notas del “interés notablemente superior al normal del dinero” y de su carácter de “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, para extenderse, a continuación, al plano subjetivo de la valoración de la validez del consentimiento prestado concretado alternativamente a la situación angustiosa del prestatario, a su inexperiencia o a la limitación de sus facultades mentales». Por estas razones, negó el carácter usurario de un préstamo con garantía hipotecaria al 20,5% TIN, 24% TAE, puesto que existían otras cargas y gravámenes anteriores que aumentaban el riesgo crediticio de la operación y no se probó la concurrencia de vicio alguno en el consentimiento de los prestatarios⁶¹.

En suma, la declaración de usura debe ir inexorablemente acompañada de una ponderación de las circunstancias objetivas y subjetivas que conduzcan a considerar que el préstamo comportaba un prevalimiento inmoral del prestatario, una contravención de la moral, la buena fe y el orden público, lo que nunca puede ser concluido por el mero carácter elevado del tipo de interés contractual.

⁶¹ Igual criterio, aunque con solución dispar, por constar acreditada la situación angustiosa de la prestataria, mantuvo la STS de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6872).

4.1.2 **Tiempo y término de comparación: el «interés normal del dinero»**

El «interés normal del dinero», como señalaba Azcárate es, y así lo había interpretado siempre el TS, el tipo de interés cobrado en el mercado de crédito de referencia –en ningún caso, el interés legal⁶², es decir, el coste al que podría obtener el préstamo el prestatario en igualdad de condiciones: importe, plazo, garantías, aportadas, finalidad, etc., en el momento de la contratación (no años antes, ni años después –lo que tampoco será respetado por la jurisprudencia en materia de usura del crédito *revolving*–).

En particular, la STS de 29 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7330), cuyo criterio reiteró la STS 30 de junio de 1998 (RJ 1998/5294), recalca que «para calificar de usurario al préstamo ha de atenderse al momento de la perfección del contrato, por ser el en que otorgándose el consentimiento puede estimarse si este estaba o no viciado, siendo la de ese momento la realidad social que ha de contemplarse y no la vigente cuando se pretende que el contrato tenga efectividad, aunque se hayan variado las circunstancias iniciales, pues otra cosa implica la infracción de los artículos 2.3 y 3.1 del CC».

Por lo demás, el TS insistía y reiteraba que la cifra del contrato de préstamo que debía ser tomada en consideración para compararla con el «interés normal del dinero», de cara a evaluar su superioridad notable, era el tipo de interés nominal con exclusión expresa de las comisiones y otros gastos del préstamo. En otras palabras, la cifra a la que se refiere el artículo 1 de la LRU es el TIN y no la TAE [cuyo cálculo incluye el tipo de interés del préstamo, más los gastos que corran por cuenta del consumidor en la adquisición de bienes o servicios, impuestos, cualesquiera gastos, como comisiones de mantenimiento de la cuenta, costes de emisión y mantenimiento de tarjetas, así como servicios accesorios como primas de seguros relacionadas con el préstamo, de conformidad con los artículos 6.a) y d) y 32.2 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo].

En este sentido, la STS de 18 febrero de 1991 (RJ 1991/1449) rechazó considerar la cifra de intereses alegada por el prestatario como usuraria, puesto que su cálculo incluía el importe de diversas

⁶² STS de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001/7141): «la comparación no debe tener lugar con el denominado interés legal, sino con el interés normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad contractual existente (...), con una argumentación que es aceptada por esta Sala; en verdad, el interés remuneratorio del 17% pactado no era notablemente superior al normal del dinero en la época del contrato, sino que se encuadraba entre los que entonces se pactaban habitualmente en los préstamos bancarios, y los propios demandantes concertaron otras pólizas con diversas entidades bancarias con unos tipos remuneratorios similares a los que son objeto del litigio».

comisiones, concluyendo que las estas «no pueden equipararse al concepto de intereses»⁶³. Con más claridad, si cabe, lo expresó la STS de 7 marzo de 1998 (RJ 1998/1267): «para determinar si el interés pactado es “notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso” no pueden tenerse en cuenta, como pretenden los recurrentes, los porcentajes establecidos en razón de disponibilidad del crédito concedido, de apertura y concesión por gastos de estudio e información, ya que tales conceptos no constituyen el precio o retribución del dinero de que, por resultado de la concesión de crédito, dispone el cliente, que es el concepto propio de “interés”, sino que se trata de la remuneración debida al banco por los servicios que presta al cliente derivados del mecanismo del funcionamiento de esta clase de operaciones, claramente diferenciados del tipo de interés (...). Aunque tales gastos y comisiones son tenidos en cuenta para fijar la Tasa Anual Equivalente (TAE), *esta Tasa representa el coste total*, porcentualmente establecido, de la operación bancaria, *no la retribución* del dinero puesto a disposición del cliente, *es decir, el interés*»⁶⁴.

4.1.3 Ejemplos de usura

La STS de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998/1267) no consideró usuraria una póliza de crédito suscrita con Banco Santander en 1993 al 17,50% TIN y 30,38% TAE⁶⁵. Tampoco consideró usurario el préstamo al 17% interés anual y 30% de demora la STS de 2 octubre de 2001 (RJ 2001/7141), respecto a un préstamo de 22 millones de pesetas suscrito en 1991 (más de 132 000 €). Como prueba de que ese interés se encuadraba entre los que entonces se pactaban habitualmente en los préstamos bancarios, el TS insistía en que «los propios demandantes concertaron otras pólizas con diversas

⁶³ «El contenido del precitado documento, por el dato de contabilizar unos intereses de 204.935,60 pesetas, no acredita de manera inequívoca la realidad de unos intereses usurarios, pues los restantes datos consignados no permiten calcular por un simple examen, cual fuese el porcentaje del interés aplicado, y desde luego, las demás partidas contabilizadas por “comisiones”, “I.T.E.”, “gest. not.” y “correo” no pueden equipararse al concepto de intereses».

⁶⁴ Por su parte, cuando la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/8857) menciona la TAE del préstamo, matiza que lo hace «a efectos meramente informativos» (FD. 1. B).

⁶⁵ «[P]óliza de crédito suscrita el día 26 de noviembre de 1992 por “Banco de Santander, SA” con don Miguel G. M. y doña Vicenta Eugenia Teresa P. C., por un importe de 6.500.000 pesetas y vencimiento el 6 de enero de 1993, pactándose como interés anual el 17,50 por 100, el de demora del 29 por 100, del 0,5 por 100 de disponibilidad y el 1 por 100 de apertura, el 0,40 por 100 por gastos de estudio e información, fijándose como Tasa Anual Equivalente (TAE) “a efectos puramente informativos” (cláusula tercera) el 30,380 por 100 bajo el supuesto de disponibilidad total del crédito».

entidades bancarias con unos tipos remuneratorios similares a los que son objeto del litigio».

Misma validez apreció la STS de 26 octubre de 2011 (RJ 2012/1126) respecto a un préstamo hipotecario al 13,50% anual (siendo el interés normal de este tipo de préstamos al tiempo de la contratación del «6 o 7% anual») y 29% de demora. Tampoco se consideraron usurarios préstamos con un TIN del 21,50% e intereses moratorios de 24,50% [STS de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/666)]; un préstamo personal con un TIN del 21,25% [STS de 12 de julio de 1990 (RJ 1990/5857)]; un préstamo concedido por una cooperativa farmacéutica a un farmacéutico al 24% anual [STS de 8 de julio de 1988 (RJ 1988/5589)]; un 19,50% TIN [STS 7 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8531)]; un 20% TIN [STS 10 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10135)]; un 15% [STS de 27 de mayo de 1997 (RJ 1997/4126)]; un 14% [STS de 10 noviembre de 2001 (RJ 2001/9442)]; un 21,5 TIN y 24% de demora [STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/2879)]; un 15% [STS de 23 de marzo de 2004 (RJ 2004/2289)]; 19% con garantía hipotecaria contratado en 2003 con Banco Pastor [STS de 23 de noviembre de 2009 (RJ 2010/140)], o un 26,82% en un préstamo contratado en 1990 [STS de 2 febrero de 2006 (RJ 2006/494)].

Como apuntamos, la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012\8857) tampoco consideró usurario un préstamo con garantía hipotecaria al 20,5% TIN, 24,27% TAE, puesto existían otras cargas y gravámenes anteriores que aumentaban el riesgo crediticio de la operación y no se probó la concurrencia de vicio alguno en el consentimiento de los prestatarios. Además, situaba la normalidad del interés del dinero (del tipo de interés, no de las TAE) en el 21,55 y 24%⁶⁶, lo que es coherente con en análisis realizado en el párrafo precedente.

Por el contrario, sí se consideró usurario un préstamo hipotecario al 28% [STS de 7 febrero 1989 (RJ 1989/754)]; un préstamo hipotecario al 20% anual, 22% de intereses de demora, sin pagos fraccionados y vencimiento en solo seis meses [STS de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/1609)]; o el préstamo al 21,5% que incorporaba un pacto comisorio encubierto por una dación en pago, por un préstamo de 280 000 euros, con plazo de tres meses constando probada la imposibilidad del prestatario de obtener financiación del mercado bancario [STS de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013/2280)]; así como el préstamo hipotecario al 4% anual, con interés moratorio del 30%, en el que concurrían circunstancias

⁶⁶ «En apoyo de esta argumentación se citan diversas sentencias de esta Sala que, con un criterio de interpretación restrictivo, no han considerado usurarios intereses que se han fijado en una horquilla que va desde 21,55% hasta el 24% convenido» (FD. 3.4.).

objetivas (desproporción del valor del bien hipotecado respecto al capital prestado, el exiguo plazo de restitución –seis meses–, y el cobro anticipado de los intereses) y subjetivas (situación angustiosa de la prestataria) que lo hacían desproporcionado [STS de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6872)].

Como ha podido apreciarse, los supuestos de nulidad por usura revestían, en todos los casos, tintes de excepcionalidad: «saltaba a la vista» la «anormalidad» e «inmoralidad» del préstamo. Sin embargo, todo eso cambiará con la jurisprudencia en materia de crédito *revolving* y, particularmente, con la aciaga STS de 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5001).

4.1.4 **Carácter de la acción, confirmación, prescripción y *dies a quo***

Para determinar si la acción de nulidad por usura está sujeta o no a plazo de caducidad o prescripción, debe determinarse si el contrato usurario es nulo de pleno derecho (inexistente) o si solo es anulable. Si fuera anulable, como los negocios del artículo 1300 CC –contratos en los que concurran los requisitos del artículo 1261 CC, pero adoleciendo de vicios que los invalidan–, el contrato usurario habría de ser confirmable (art. 1310 CC) y estaría sujeto a un plazo de caducidad de cuatro años (art. 1301 CC)⁶⁷. Por el contrario, si el contrato usurario fuera nulo de pleno derecho⁶⁸, sería cuasinexistente y, por ende, no confirmable⁶⁹, que es lo que acontece en rela-

⁶⁷ Opinión compartida por RODRÍGUEZ MARTÍN, 1923, p. 152; y SABATER BAYLE, 1986, p. 161, quien sostiene que «hay que entender que el artículo 1301 se aplica por analogía a las nulidades arbitradas en los artículos 1.º y 9.º de la Ley especial», tras haber afirmado que la introducción de los artículos 1 y 9 LRU «supone implantar unos nuevos supuestos de nulidad de los contratos, ya anteriormente formulados con carácter genérico en el Código civil».

⁶⁸ Postura de ALBADALEJO, quien concluye: «el préstamo usurario es nulo radicalmente, así que ni tiene efecto alguno, ni puede convalidarse, y el tener que restituir el prestatario la suma recibida o devolver el prestamista los intereses que hubiese cobrado excediendo de aquella, son consecuencias, no del préstamo, sino de que careciendo este de efectos por su nulidad, no se justifica ni la entrega de la suma ni el cobro de los intereses, debiendo, pues, devolverse. Por lo que toca a la acción de nulidad, no prescribe, pero sí a los quince años la de restitución», en ALBADALEJO GARCÍA, 1995, p. 289.

⁶⁹ STS de 14 de junio de 1920: «el cumplimiento del contrato no impide que pueda solicitarse y decretarse la nulidad, sin que, por otra parte, obste a ello, en este caso, la aquiescencia al cumplimiento, porque según la sentencia de junio de 1904, no son confirmables los contratos con causa ilícita», en FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 34. STS de 14 de abril de 1966: «tampoco pued[e] enervar el contenido del fallo impugnado la alegada ratificación por los contratantes de los convenios originarios, porque al declararlos nulos la ley, tal declaración es de nulidad absoluta, legal por ilicitud de la causa, y es bien sabido que los actos nulos no son susceptibles de ratificación o convalidación», en MARTÍNEZ DÍAZ, 2020, p. 202. En contra, STS de 24 de mayo de 1969, *ibid.* p. 207. Con todo, las SSTs de 12 de junio de 1918 y de octubre de 1928 sí aceptaron el carácter confirmable de estos préstamos usurario, aunque esta postura no se consolidó: «el antiguo deudor podrá,

ción con los contratos sin causa o con causa ilícita, esto es, una causa que se opone a las leyes o la moral (art. 1275 CC), y su acción sería imprescriptible⁷⁰. A nosotros nos parece claro que este último es el tipo de nulidad que propugna la LRU, como sancionadora de un abuso inmoral, lo que debería compadecerse bien con el hecho de que el propio Azcárate hablara de «ausencia radical de consentimiento», lo cual, de nuevo, provocaría la inexistencia contractual (cfr. art. 1261 CC), y de que los contratos usurarios adolezcan, en última instancia, de causa ilícita.

Con todo, como se apuntó al analizar el contenido de la norma y la interpretación de sus proponentes, la acción de usura es nueva y excepcional, diferente de las previstas en el Código Civil. Ello justifica que tampoco quepa equipararla a una acción de nulidad por ilicitud de la causa, pues en tal caso, el prestamista perdería también el derecho a percibir el capital prestado⁷¹ (y no solo los intereses usurarios) de conformidad con el artículo 1306.2.ª CC, que suprime la facultad del contratante en quien concurriera la causa torpe de repetir lo dado y de exigir el cumplimiento a su contraparte, y libera al cocontratante ajeno a la causa torpe de cumplir con lo prometido. Por el contrario, el artículo 3 de la LRU ordena al prestatario restituir el capital tomado a préstamo.

La jurisprudencia inicial del TS en la materia se posicionó a favor de la imprescriptibilidad de la acción, pero entre los años 40 y 60 del siglo pasado mantuvo que la acción prescribía de conformidad con el artículo 1964.2 CC, para volver a sostener la imprescriptibilidad desde 1966 hasta nuestros tiempos.

Así, la STS de 14 de junio de 1920 sostenía que «estimada la nulidad de un contrato de préstamo por usurario, no existen términos legales para apreciar si está o no fenecida la acción para demandar, puesto que nulo el vínculo contractual desde la publicación de la Ley en que el contrato se hallaba vigente, es inadecuada la alegación opuesta de extinción de la acción (...) toda vez que se trata de un contrato nulo en el orden legal».

Con mayor profundidad, y justificación en la vulneración del orden público e ilicitud de la causa que estos contratos comporta, se pronunciaba la STS de 9 de enero de 1933⁷², según la cual «[la LRU] sanciona un principio eterno de moral universal, que trasciende específica y concretamente a la esfera jurídica, para

en todo caso, tener acción para impugnar la cesión en pago, pero carece ya de ella para atacar la validez de los préstamos que la motivaron, según lo tiene ya resuelto este Tribunal en su sentencia de 12 de junio de 1918, ya que dichos préstamos fueron sucesivamente confirmados», en MARTÍNEZ DÍAZ, 2020, pp. 108 y 109.

⁷⁰ HINOJOSA, *RDP*, 1934, p. 242.

⁷¹ VALLÉS Y PUJALS, 1933, p. 129 ss.

⁷² FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 120.

limitar la libertad contractual si los pactos iníquos y reprobado por la conciencia colectiva implican ofensa contra *bonas mores*, vulnerando el orden público o contravienen las ordenanzas de una ley prohibitiva, de tal modo, que cuando todos o alguno de estos factores móviles interfieren en un negocio aparentemente regular y formal, determinan un vicio radical de ilicitud en el contenido del mismo por flagrante violación de la moral y el derecho (...). Esta especie contractual es de tipo patológico por ilicitud objetiva de la causa, toda vez que la transacción económica operada entre prestamista y mutuuario reconoce una génesis ilegal e inmoral, que no vincula a los contrayentes a los efectos normales del negocio jurídico intentado, porque este deviene fundamentalmente nulo, y, por lo tanto, inefectual e insubsistente, a estímulos de la declaración general inserta en el artículo 4.º del Código civil (...) en el artículo 1275 del referido Cuerpo legislativo (...), y categóricamente impuesta la sanción de nulidad en la ley Azcárate. Privado en absoluto de efectos jurídicos el negocio ilícito de préstamo usurario (...) [está] maculado el de usura con vicio de nulidad radical, absoluta y originaria, resulta írrito e inefectivo, equivalente a lo increado; no admite desarrollo gradual en vía solutoria, toda vez que hállese recogido por el principio *nulla actio, nulla soluti conditio*, ni de convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insanable, ni opera tampoco la prescripción extintiva ordinaria frente a acciones declarativas de negocios inexistentes, acciones que son susceptibles de ejercitarse *in perpetuo*, por su especial característica. La acción de nulidad concedida por el artículo 1301 del Código civil se da solamente contra los contratos en que concurren todos los requisitos del artículo 1261 CC, pero no frente a aquellos que fueren fundamente nulos, como el que ahora se examina».

Sin embargo, en los años 40 se produjo un cambio de doctrina, que declaraba la prescripción de la acción en el antiguo plazo de quince años (actuales cinco) del artículo 1964.2 CC. Como muestra de ello, podemos citar las SSTs de 29 de diciembre de 1942, 18 de junio de 1945⁷³, y de 17 de diciembre de 1945⁷⁴, que sostenían que

⁷³ «[R]eputar inexistentes los contratos de préstamo con vicios de usura ya que en ellos faltan el consentimiento y el objeto, ni siquiera la causa, aunque esta adolezca de ilicitud, siendo productores de efectos que la ley determina del reconocimiento de su existencia, no sigue, como en el motivo se pretende, que sea aplicable lo dispuesto en el artículo 1301 del Código civil a los referidos contratos, porque no son los preceptos de este los que regulan cuando se trata de contratos usurarios, sino los de la Ley de 23 de julio de 1908, cuyas particularidades en materia de nulidad, notoriamente apartados de cuanto previene el artículo 1306 del Código, obligan según tiene declarado esta Sala en sentencia de 29 de diciembre de 1942, de entender aplicable a tan singular nulidad la amplitud de la regla relativa a la prescripción de las reglas personales no sujetas a término propio, establecida por el artículo 1964 del mismo Código», en FERNANDO VIZCARRO, 1963, pp. 123 y 124.

⁷⁴ FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 124.

no se puede reputar inexistentes a los contratos usurarios, aunque adolezcan de causa ilícita, porque sí despliegan efectos (los previstos en el art. 3 LRU), motivo por el cual no resulta aplicable el plazo de caducidad del artículo 1301 CC. Por el contrario, consideraban que esta singular causa de nulidad debía estar sujeta a «la amplitud» del plazo del artículo 1964.2 CC. Igualmente, mantenía este criterio la STS de 27 de octubre de 1960⁷⁵, que concluía que «la nulidad de los contratos [usurarios] no puede equipararse a una inexistencia, ni considerarse incapaces para producir efectos, sino que por el contrario, de su nulidad nacen, las que el artículo 3.º de ley de 23 de julio de 1908 determinan, siendo por consecuencia las acciones de ellos derivadas prescriptibles por el transcurso de quince años».

Naturalmente, esta tendencia jurisprudencia tuvo que afrontar la cuestión relativa al *dies a quo* de la defendida prescripción de la acción de nulidad por usura. En relación con ello se pronunciaron las SSTs de 14 de diciembre de 1949⁷⁶, de 26 de febrero de 1957⁷⁷, o de 12 de marzo de 1958⁷⁸, que fijaban el *dies a quo* desde que pudieron ser ejercidas, entendiéndose por ello la entrega del capital o la mayor parte de dicho capital, como momento de producción de la consumación contractual.

Con todo, a partir de las SSTs de 6 de abril de 1963 y STS de 14 de abril de 1966⁷⁹ se produjo un retorno a la concepción de la acción de nulidad por usura como una acción de nulidad de pleno derecho imprescriptible y no convalidable, que se ha mantenido hasta la actualidad. Así, las SSTs de 30 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9713)⁸⁰

⁷⁵ MARTÍNEZ DÍAZ, 2020, p. 189.

⁷⁶ MARTÍNEZ DÍAZ, 2020, p. 177.

⁷⁷ «[T]ratándose de préstamos mutuos, el contrato queda simultáneamente perfeccionado y consumado con la entrega del capital del préstamo, pues este es su objeto y fin, y su devolución no atañe a esa consumación, sino que es una consecuencia final, por lo tanto la acción para pedir la nulidad del contrato por usurario puede ejercitarse desde ese momento de su consumación, y relacionado esto con la doctrina constante de que el plazo para la prescripción de las acciones, según el artículo 1969 del Código civil, empieza a contarse desde que pueden ser ejercitadas, es evidente que en este caso desde la consumación del contrato en que se entregó la mayor parte del capital prestado», en FERNANDO VIZCARRO, 1963, p. 126.

⁷⁸ MARTÍNEZ DÍAZ, 2020, p. 182.

⁷⁹ «[T]ampoco pued[e] enervar el contenido del fallo impugnado la alegada ratificación por los contratantes de los convenios originarios, porque al declararlos nulos la ley, tal declaración es de nulidad absoluta, legal por ilicitud de la causa, y es bien sabido que los actos nulos no son susceptibles de ratificación o convalidación», en MARTÍNEZ DÍAZ, F. J.: *La nulidad por usura...*, *op. cit.*, p. 202.

⁸⁰ «La nulidad de los contratos a que se refiere el artículo 1.º de la citada Ley de 1908, es la radical, por lo que a diferencia de lo que acontece con la anulabilidad y puesto que en la indicada norma no se señala otros efectos (artículo 6.3 del Código Civil), no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes; V) Como consecuencia de ello, si la convención inicial que aparece en los contratos de 21 y 22 de enero de 1980 es radicalmente nula, la novación no puede operar su convalidación por prohibirlo así expresamente el artículo 1208 en relación con el 6.3, ambos del Código Civil; cabe por tanto decir, con frase jurídicamente aceptada, que en estos casos la nova-

y de 12 de julio de 2001 (RJ 2001/5164)⁸¹ insistían en la nulidad radical de esta acción, y la STS de 14 de julio de 2009 (RJ 2009/4467) concluía con nitidez que «[l]a nulidad del préstamo usurario, claramente establecida por el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, comporta una ineficacia del negocio que es radical, absoluta y originaria, que *no admite convalidación confirmatoria*, porque es fatalmente insanable, *ni es susceptible de prescripción extintiva*. Dicha nulidad *afecta a la totalidad del convenio* con la única consecuencia, establecida en el artículo 3»⁸².

En conclusión, en nuestro criterio y en el de la jurisprudencia del TS, salvedad hecha a las décadas de los 40 y 50 del siglo XX, la acción de nulidad por usura es un supuesto de nulidad de pleno derecho, imprescriptible e inconvaleable.

4.1.5 Efectos propagatorios de la nulidad respecto a las garantías

Habida cuenta la nulidad de pleno derecho de los préstamos usurarios, resulta razonable considerar que ella provoque la nulidad de los contratos accesorios del préstamo, como lo son sus garantías.

Con carácter general y, en todo caso, más actual⁸³, esta es la postura del TS. Así lo ha manifestado, por ejemplo, en la STS de 20 de junio de 2001 (RJ 2001/4346)⁸⁴, con cita a las sentencias previas de 10 de junio de 1952 (RJ 1952/1255), de 24 de febrero de 1992 (RJ 1992/1513) y de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994/7459): «no se ve cómo pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determina-

ción opera en vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar».

⁸¹ «Esa obligada calificación del contrato litigioso, como usurario, conlleva su nulidad legalmente impuesta por el precitado artículo 1 de la Ley de Usura –nulidad radical que no admite convalidación sanatoria, en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes, según la sentencia de 30 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9713), nulidad absoluta que ya habían establecido las sentencias de 9 de enero de 1933 (RJ 1933, 1417), 6 de abril de 1963 y 14 de abril de 1966 (RJ 1966, 1773)– con la consecuencia de producir los únicos efectos establecidos en el artículo 3 de aquella Ley de que el prestatario no está obligado a devolver más que la suma recibida».

⁸² Igualmente, STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/8857).

⁸³ Criterio contrario mantuvo la STS de 14 de junio de 1984 (RJ 1984/3239), de la que se aparta expresamente la STS de 20 de junio de 2001 (RJ 2001/4346), que razonaba que la hipoteca debía pervivir respondiendo por el importe aún debido por el prestatario (capital) en aplicación del artículo 3 de la LRU, señalando que la declaración de usura no provoca la nulidad del préstamo, sino solo una reducción de la cantidad debida, como si [añadimos nosotros] el artículo 1 de la LRU no comenzara diciendo «será nulo...».

⁸⁴ Criterio seguido, asimismo, por la STS de 15 julio de 2008 (RJ 2008/3365).

ción, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipoteca. La Ley de 1908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriedad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción». Así pues, el TS ordenó la cancelación de la hipoteca en el Registro de la Propiedad y declaró la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido.

4.1.6 Efecto de la nulidad respecto al plazo de amortización

Puesto que el artículo 1 de la LRU declara nulos a los contratos usurarios y, como venimos diciendo, la nulidad de pleno derecho comporta una suerte de inexistencia del contrato, ello abocaría irremediablemente a la pérdida del beneficio del plazo por parte del deudor, pues, inexistente el contrato, no hay «aplazamiento» contractual sobre el que justificar el pago por cuotas o a término futuro.

Podría pensarse que el artículo 3 de la LRU asume la pervivencia del plazo al afirmar que «el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida», pero también es cierto que la norma comienza, precisamente, declarando la nulidad de estos préstamos. Además, nada del trámite y debate parlamentario permite inferir que pretendiera el mantenimiento del plazo, mientras que sí queda clara la finalidad de sancionar con nulidad de pleno derecho a estos contratos. Obviamente, esto puede constituir un perjuicio para el prestatario si no dispusiera del capital debido, siquiera minorado con las cuantías ya abonadas –en otro caso, por el contrario, percibiría el remanente de lo abonado, como señala el propio artículo 3 de la LRU *in fine*–.

Así, no es extraño que parte de la doctrina haya sostenido la pervivencia del plazo. En concreto, Carrasco Perera considera que «[e]l prestatario conserva el beneficio del uso del capital recibido, pero retiene en su poder los frutos de este empleo, con lo que se enriquece a costa del usurero»⁸⁵. También Delgado Echevarría y

⁸⁵ Y continúa: «[l]a cláusula de intereses usurarios no es nula solo en la parte en que son usurarios, ni puede integrarse esa nulidad específica de la usura con el tipo de interés legal del dinero (...). El prestatario retiene el disfrute del capital por todo el tiempo en que este fue contratado, sin que la declaración de nulidad comporte el vencimiento automático de la deuda. Solo al final del plazo contratado deberá restituir el capital, que, ciertamente, no podrá retener como suyo definitivamente, pues la *retentio* conforme al artículo 1306 CC solo procede respecto de lo que se recibió en virtud del contrato nulo, y solo recibió el

Parra Lucán comprenden que «ha de entenderse –aunque no resulta con claridad de la jurisprudencia– que la restitución del capital tampoco puede exigirse antes del plazo pactado»⁸⁶, por considerar que el artículo 3 de la LRU no es más que una concreción para el caso de la regla del artículo 1306 CC⁸⁷. Pero si esto fuera así, lo cierto es que el prestatario no tendría que restituir el capital *nunca*. Con todo, estos autores argumentan de contrario que «lo dado por el prestamista no es el dinero, sino su utilización durante cierto tiempo: en consecuencia, la irrepitibilidad del artículo 1306 CC solo operaría en el tiempo contractualmente previsto para la duración de la prestación, es decir, la restitución del capital no puede obtenerse antes del plazo pactado»⁸⁸. En contra, certeramente recalca Múrtula Lafuente, que el usurero no cede solo el uso temporal, sino también el capital⁸⁹.

A nosotros, la argumentación relativa a que se cede el derecho de uso durante un tiempo nos parece un artificio, loable, pero un artificio, al fin y al cabo. O es un supuesto del 1306 CC o no lo es. El artículo 3 de la LRU no es una pseudorréplica del artículo 1306 CC, sino una sanción específica a una nulidad particular, como se aclaró al estudiar el trámite parlamentario. Recordemos las palabras de Ruiz Jiménez: «[l]a Comisión del Congreso trae a deliberación de la Cámara de los diputados nada menos que un nuevo caso de nulidad de los contratos que no fue previsto por el Código civil...»⁹⁰. En este sentido, Albadalejo ha afirmado repetidamente que los efectos de la nulidad por usura no provienen del artículo 1306 CC, sino que sus efectos son especiales y provienen de la especial regla introducida en el artículo 3 de la LRU⁹¹.

préstamo temporal, no la propiedad del dinero, que fue retenida y por ende se conserva, en poder del prestamista. (...) ¿Qué gana el prestatario si tiene que devolver *in continenti* un dinero que seguramente no tiene? ¿Entra en mora de esta obligación legal, y deberá pagar los intereses legales de esta cantidad anticipadamente vencida? No hay obligación inmediata de devolver el capital, que es la solución a que llevaría el artículo 1303 CC, pero no el artículo 1306 CC, que quiere consagrar una *solutionis retentio*, para lo cual el prestatario ha de poder disfrutar del préstamo durante el tiempo pactado», en CARRASCO PERERA, 2017, 734 y 735.

⁸⁶ DELGADO ECHEVARRÍA, y PARRA LUCÁN, 2005, p. 311.

⁸⁷ También RODRÍGUEZ MARTÍN, 1923, pp. 101 y 102; y ROCA TRIAS, 1989, p. 156.

⁸⁸ *Ibid.* p. 316.

⁸⁹ MÚRTULA LAFUENTE, 1999, p. 290.

⁹⁰ En PALOMO, 1908, p. 55.

⁹¹ ALBADALEJO GARCÍA, 1995, p. 48. En sus propias palabras: «[c]omo he dicho repetidamente, siendo nulo el préstamo, carece de efectos, y el restitutorio procede, no del contrato, sino de las entregas hechas por el prestamista o prestatario. Este ha de devolver sólo lo que recibió, aquél lo que exceda de lo que prestó. Pierde, pues, los intereses usurarios pactados y hasta los legales que habrían correspondido sin usura. Lo que demuestra una vez más, que el préstamo es nulo. Pero como es evidente e insiste en ello alguna sentencia esos efectos restitutorios son los especiales que marca la Ley de Usura, y no el artículo 1.306 del Cc. De esta manera nos evitamos posibles discusiones sobre las dudas

En cualquier caso, por lo que respecta a la jurisprudencia, el TS fue claro en su STS de 14 de julio de 2009 (RJ 2009/4467) al declarar que la usura provocaba la nulidad del contrato y, así, la pérdida del plazo por parte del deudor, al tiempo que declaraba que sobre dicho capital no se devenga interés alguno: «[l]a nulidad del préstamo usurario, claramente establecida por el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 (...) lleva aparejada la consecuencia de que, aun en el caso hipotético planteado por la parte recurrente *de que se inste la nulidad del préstamo antes del cumplimiento del plazo fijado, la devolución por el prestatario de la cantidad recibida ha de ser inmediata*».

4.1.7 Efecto de la nulidad respecto a la mora e intereses

La propia STS de 14 de julio de 2009 (RJ 2009\4467) declaró improcedente el devengo de intereses⁹², siquiera legales tras la eventual mora del deudor al restituir de conformidad con el artículo 3 de la LRU, como sigue: «la solución adoptada en la instancia se acomoda al texto, así como al espíritu y finalidad, de dicha norma que expresamente, para el caso de que se hayan abonado algunos intereses por razón del préstamo, los imputa directamente al capital sin prever su reducción a un tipo distinto y adecuado a la naturaleza del negocio. Por ello carece igualmente de fundamento alguno aludir a las normas generales sobre las obligaciones y la demora en su cumplimiento (artículos 1090, 1100, 1101 y 1108 del Código Civil) en tanto no puede existir demora en el cumplimiento de una obligación cuya nulidad es de carácter radical y absoluto. El régimen legal del préstamo usurario determina que queda a voluntad del propio prestamista el momento en que, reclamado su cumplimiento y declarada tal nulidad, habrá de recibir la cantidad efectivamente entregada». También negó que existiera enriquecimiento injusto del deudor, ya que la solución provenía de la aplicación de una norma legal, como es el artículo 3 de la LRU.

Nosotros discrepamos de esta postura, ya que, si bien es cierto que no deben devengarse intereses mientras no se declare la nulidad y, consecuentemente, no se ordene el abono de cantidad alguna en aplicación del artículo 3 de la LRU⁹³, no es menos cierto que, una vez se ha ordenado al prestatario restituir el capital recibido (minorado con los importes que ya hubiera satisfecho por todos los

que cabría plantear si este artículo fuese el aplicable al préstamo usurario. Y nos queda el texto claro y contundente del artículo 3 de dicha Ley».

⁹² Propone lo contrario RUIZ ARRANZ, *RDP*, 2021, p. 234.

⁹³ *Vid.* nota 114.

conceptos), debería resultar de aplicación el artículo 576 de la LEC (lo que también debería resultar de aplicación al usurero, respecto a las partidas que debiera restituir)⁹⁴.

4.2. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE USURA DEL CRÉDITO *REVOLVING* Y OTROS HITOS

4.2.1 **La STS 25 de noviembre 2015 (RJ 2015/5001): cuestionable cambio de doctrinal, germen de una jurisprudencia errática**

La STS de 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015\5001; en lo siguiente, indistintamente «STS de 25 de noviembre de 2015» o «STS Sygma»; ponente Excmo. Sr. Saraza Jimena) fue la primera dictada por la Sala 1.^a del TS en materia de usura de las tarjetas de crédito *revolving* y es, probablemente, uno de los peores embistes que ha recibido la institución de la usura. En esta sentencia el TS cometió, al menos, dos errores intolerables: (i) declarar la nulidad de un crédito *revolving* sin comprender el producto y sin siquiera percibir que, lejos de ser un producto excepcional, era uno de los más comunes del mercado bancario; y (ii) decretar la usura de la tarjeta controvertida sin atender, en lo más mínimo, a los requisitos tradicionales de la usura, rompiendo con toda la jurisprudencia previa en la materia. Tras ella, el TS ha tenido que ir adaptando y modificando sus criterios, hasta llegar a las soluciones salomónicas de 2023, en las que se trata de resolver el entuerto creado única y exclusivamente por esta sentencia. La STS de 25 de noviembre de 2015 es la muestra de cómo una *mala* sentencia puede causar la desnaturalización de una institución; la sanción de todo un mercado; el colapso de los tribunales y consecuente ralentización de la justicia; la heterogeneidad de criterios, desigualdad territorial de los justiciables e inseguridad jurídica; y el surgimiento de prácticas denostables en el ejercicio de la abogacía.

Expondremos en lo siguiente de forma breve los hechos, para que el lector pueda compartir la perplejidad del autor. En el año 2001 un cliente contrató un crédito *revolving* al 24,6% TAE con Banco Sygma (no se menciona en la sentencia comentada el tipo de interés nominal, pero de la sentencia de apelación⁹⁵ se

⁹⁴ En el mismo sentido, MÚRTULA LAFUENTE, 1999, p. 288.

⁹⁵ SAP de Barcelona, 16, de 6 septiembre de 2013 (AC 2013\1832), que acertadamente declaró: «un primer filtro sería el resultante de su comparación con el “precio normal del dinero” en los créditos/préstamos de consumo cuando se concertó la operación. Y, a falta de otros datos, tal criterio no permite tachar de excesivo el interés remuneratorio

extrae que fue del 22,2%). Entre 2001 y 2009 el prestatario realizó disposiciones por 25 634,05 euros y el crédito, en situación de impago desde 2009, había devengado 18 568,33 euros en concepto de intereses (obsérvese que no se vulnera ni la antigua regla de derecho romano del *supra duplum*). Tras los impagos acaecidos, Banco Sygma interpuso demanda de reclamación de cantidad, frente a la que se opuso el prestatario alegando la usura y abusividad del préstamo y sus cláusulas, que fue rechazada en instancia y en apelación, frente a lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Así las cosas, el TS comenzó su valoración declarando la improcedencia de exigir que concurrieran los requisitos subjetivos y objetivos del artículo 1 de la LRU, «jurisprudencia dejada atrás hace más de setenta años», decía. Por tanto, «para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria (...), basta con que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».

Tras ello, a reglón seguido, afirmó que la Sala consideraba infringido dicho precepto. Para llegar a esa conclusión, declaró que el interés o cifra del préstamo que debía tomarse en consideración era la TAE y no el TIN. A pesar de que la jurisprudencia previa se opusiera a concebir que las comisiones y otros servicios que integran la TAE fueran precio del préstamo, en esta ocasión se justificó el cambio de criterio por referencia al artículo 315 del Código de Comercio, según el cual «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor»⁹⁶. Además, el TS continuó afirmando que «el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados. Este extremo es imprescindible (aunque no suficiente por sí solo) para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente, pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario o acreditado supone realmente la operación, sino que además permite una comparación fiable con

que aquí nos ocupa (22,2%, TAE 24,6%) que apenas supera el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo en la época (año 2001), cifrado en el 12,24% y en el 13,49% para bancos y cajas, respectivamente, según los datos estadísticos que publica el Banco de España».

⁹⁶ Todo lo cual debería conducir a la nulidad de la comisión de apertura por estar contenidas las gestiones de concesión en el interés del préstamo, pero no es este el lugar para profundizar sobre ello.

los préstamos ofertados por la competencia». Transparencia que nada tiene que ver con la usura y comparación con los préstamos ofertados por la competencia que el propio TS omitió realizar para evaluar si el interés de esta tarjeta era «notablemente» superior al normal y, así, si el crédito era excepcional e inmoral o si era absolutamente común.

Pues bien, habiéndose apartado de la jurisprudencia previa por tomar la TAE como interés del préstamo, procedió a apartarse también de la jurisprudencia previa alterando el término de comparación o «interés normal del dinero». Así, en lugar de contrastar con los tipos del mercado de tarjetas de crédito, declaró que «[p]ara establecer lo que se considera “interés normal” puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.) (...) [de conformidad con la] Circular 4/2002, de 25 de junio». Tras ello, sin expresar el tipo que tomaría como comparativo de las precitadas estadísticas, y sin reparar en que dichas estadísticas no arrojaban datos para el año de contratación (2001), sino que comenzaron a publicar datos desde junio de 2003, declaró, por referencia a la SAP recurrida que «la sentencia recurrida fijó como hecho acreditado que el interés del 24,6% TAE apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, lo que, considera, no puede tacharse de excesivo. *La cuestión no es tanto si es o no excesivo*, como si es “notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, y esta Sala considera que *una diferencia de esa envergadura* entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como “notablemente superior al normal del dinero”».

Nótese que no se dice qué diferencia existe entre la TAE y el tipo de referencia, que no es mencionado. La AP se refería al «12,24% y en el 13,49%»: el doble de la primera cifra sería 24,48% (es ínfimamente superado por la TAE del caso, 24,6%); sin embargo, la TAE en cuestión no superaría el doble del segundo dato, que sería 26,98%. De estas afirmaciones se interpretó que el TS estaba estableciendo un criterio del doble del interés de referencia (estadísticas del Banco de España, en lo sucesivo, «BdE»). A mayor

abundamiento, la STS se refiere a que los datos se extraen de las estadísticas que se comenzaron a publicar tras la Circular 4/2002, de 25 de junio. Pero no es cierto, no se contrastó con esas estadísticas, en ellas no aparece la cifra de 12,24% para bancos y de 13,49% para cajas. Por el contrario, la AP sin mencionarlo (lo que pasó desapercibido para el TS) citó los tipos de interés medios aplicados por las entidades en los descubiertos tácitos en las cuentas corrientes en el año 2001⁹⁷ (intereses que estaban limitados a 2,5 veces el interés legal del dinero por mor del art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo).

Así, el TS consideró irreflexivamente que este era el tipo del mercado y le sirvió para declarar la usura de una tarjeta de crédito que estipula un interés absolutamente normal en su mercado. Por lo tanto, en este punto, se cometen al menos dos errores: (i) se compara la TAE con el TEDR (que es el dato que arrojan las estadísticas del BdE, y que es equiparable al TIN –se define como la TAE sin comisiones y gastos, tomando solo en consideración los intereses⁹⁸–); y (ii) se compara con tipos de interés que no son los aplicados a las tarjetas de crédito, sino a los descubiertos en cuenta corriente (pese a que la jurisprudencia menor omite este extremo y se opere por comparación a las estadísticas referidas por el TS).

Tras sostener que el tipo de interés contractual era notablemente superior al interés normal del dinero, pasó a evaluar si era «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», lo que se sopesó como si se tratara de un bicondicional: es manifiestamente desproporcionado porque era notablemente alto, es decir, es una consecuencia directa. Para ello, se afirmó que la entidad «no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo», tales como mayores riesgos de la operación.

Con todo, esto se demostró incierto cuando, acto seguido, el TS afirmó que «no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo (...), sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos

⁹⁷ Vid. <https://www.bde.es/webbe/es/estadisticas/recursos/descargas-completas.html>, como se apuntó en CARRASCO PERERA, y AGÜERO ORTIZ, *RCESCO*, 2015, p. 84.

⁹⁸ «El Tipo Efectivo Definición Restringida (TEDR), se define como el componente de tipo de interés de la Tasa Anual Equivalente (TAE), excluyendo, por tanto, todas las comisiones y gastos. El TEDR de una operación será igual al tipo de interés anual que iguale el valor actual de los efectivos a cobrar o pagar a lo largo de la operación teniendo en cuenta exclusivamente el componente de intereses. Se calculará con la fórmula de la TAE excluidos todos los gastos considerados en ella». Definición del propio Banco de España, disponible en: <https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productos-servici/relacionados/tiposintereses/guia-textual/latae/tipo-efectivo-definicion-restringida.html> (última consulta: 5.6.2023).

anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico». Es decir, sí se justificó, pero al TS no le sirvió esta justificación, pues operaba sobre la creencia de que el crédito al consumo *tiene que* ser barato con independencia de las garantías y circunstancias. Pero lo más escandaloso es que ni siquiera consta el destino de las disposiciones, pues cabe plantearse si fueron o no de consumo, así como los motivos por los que se continuaron realizando disposiciones durante una década y las finalidades de tales disposiciones.

Finalmente, el TS declaró la nulidad del contrato y, dado que el prestatario había abonado ya una cantidad superior a la dispuesta, desestimó la demanda del banco y ordenó que restituyera al cliente todo lo que excediera del capital prestado.

Como se puede observar, la sentencia rompe radicalmente con la imperativa ponderación circunstancial, provocando la absoluta objetivación del artículo 1 de la LRU (cfr. con el apartado 4.1.1 de este trabajo). Más allá de la concurrencia o no de requisitos subjetivos, no existe ninguna ponderación de circunstancias, y no solo eso, en la contratación de crédito al consumo, se previene de ella: se niega que circunstancias tradicionales que justifican la elevación del tipo de interés al hacer copartícipe del riesgo (en este caso producido) del prestamista (ausencia de garantías, facilidades de disposición, etc.) puedan ser aplicadas a estos productos. En otras palabras, no hay forma alguna de justificar la «elevación» del tipo de interés respecto a otros productos. No cabe prueba. El crédito *revolving* es usurario por definición. De este modo, en última instancia, se produce un control de precios que, como señala Orduña Moreno, colisiona con el Derecho de la Unión Europea y, particularmente, con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE⁹⁹.

Lo anterior es sangrante, pero más lo es el hecho de que ni siquiera el tipo de interés aplicado a la tarjeta litigiosa fuera distinto al aplicado por el resto de tarjetas. Ello se ha ilustrado con los datos actuales en el apartado 2 de este trabajo; se justificó con los datos publicados en la Revista *Dinero y Derechos* de la OCU desde

⁹⁹ Muy crítico con las SSTs de 25 de noviembre de 2015 y 4.3.2020, ORDUÑA MORENO, *RAUE*, 2021.

el año 2002 y los datos de Adicae¹⁰⁰; se evidenció en la jurisprudencia del TS (apartado 4.1.3. de este artículo), como destacó la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/8857) que recalcó la normalidad de los tipos de intereses en la horquilla del 21,55 y 24% (y declaró, a la postre, la validez de un préstamo con garantía hipotecaria al 20,5% TIN, 24,27% TAE), y ha quedado demostrado por el propio carácter masivo de los litigios en materia de tarjetas de crédito *revolving*.

Dado que el tipo declarado usurario era el normal del mercado, la consecuencia irremediable fue que todas las tarjetas de crédito merecieran la consideración de usurarias, atribuyendo así la sanción de usura a un mercado por entero lo que provocó una oleada de litigiosidad en la materia.

4.2.2 El problema del término de comparación y las estadísticas del BdE

Como se ha señalado, el TS utilizó en la STS de 25 de noviembre de 2015 como término de comparación las estadísticas del BdE para descubiertos en cuenta corriente del año 2001, aunque creyó que estaba utilizando las estadísticas de los tipos de interés aplicados a los créditos al consumo ordinarios, creadas con los datos comunicados por las entidades de conformidad con la Circular 4/2002, de 25 de junio.

Sin embargo, tomar como referencia los tipos medios de las operaciones de crédito al consumo era desacertado pues, para su determinación, el BdE tomaba en consideración todos los créditos destinados al consumo, incluidos los préstamos al consumo ordinarios, cuyos intereses son por sí mismos inferiores; los intereses a tipo 0% cuando se abonan las disposiciones a final de mes sin haber aplazado el crédito; los créditos concedidos a intereses reducidos a empleados; los intereses por descubierto (limitados por el art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, o por el art. 20.4 Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo), etc., como ha reiterado Alemany Castell¹⁰¹. Consecuentemente, este criterio fue extensamente criticado¹⁰².

¹⁰⁰ CARRASCO PERERA, y AGÜERO ORTIZ, *RCESCO*, 2015, pp. 91-94.

¹⁰¹ ALEMANY CASTELL, *RDVL*, 2016.

¹⁰² Entre otros: ALEMANY CASTELLS, *DLL*, 2019. RODA GARCÍA; GARCÍA-BARAGAÑO RODA: «ya no realiza la comparación con los intereses aplicados a operaciones similares con tarjeta de crédito, sino con los porcentajes de los créditos al consumo obtenidos en el mercado tradicional crediticio al que se acaba de hacer referencia en el anterior párrafo, cuyos intereses son notablemente más bajos», en «La desnaturalización del concepto de usura en la jurisprudencia», *DLL*, 2019 (versión digital). SÁNCHEZ GARCÍA: «parece que basta que el coste de un crédito derivado de una tarjeta de crédito o crédito *revolving* sea

La Circular 4/2002 fue sustituida por la Circular 1/2010, de 27 de enero del BdE, que, a diferencia de la anterior, ordenaba a las entidades comunicar de forma desglosada los datos relativos a los préstamos renovables (incluidas las cuentas de crédito) y los saldos de las tarjetas de crédito [*vid.* exposición de motivos y norma cuarta 1.d) y norma sexta n) de la Circular 1/2010]. Dado que los primeros estados ajustados a esta nueva norma debían presentarse por primera vez en julio de 2010, respecto al mes anterior (disposición final única Circular 1/2010), es así que el BdE contaba, y cuenta, con los datos sobre los tipos de interés aplicados a las tarjetas de crédito desde junio de 2010, tanto de su TEDR como de sus TAE (*vid.* norma tercera 2 que impone comunicar ambas cifras). A pesar de ello, el BdE en sus estadísticas solo publicaba los datos relativos al crédito al consumo con carácter general, sin desglosar el específico de las tarjetas de crédito. Asimismo, la tabla 19.4 de las estadísticas del BdE solo mostraba (y muestra) los tipos TEDR, pero no las TAE (que sí las publica en la tabla 19.6).

Pues bien, el revuelo ocasionado por la sentencia 25 de noviembre de 2015 fue tal, que en 2017 el BdE decidió incluir en sus estadísticas (tabla 19.4) los TEDR aplicados a las tarjetas de crédito con carácter retroactivo, es decir, desde junio de 2010, momento desde el que se tienen los primeros datos desglosados en virtud de la Circular 1/2010. Estos datos revelaban la significativa diferencia entre el precio de los créditos al consumo y el precio de las tarjetas de crédito *revolving*. Tomado como referencia el primer dato dis-

elevado para considerarlo usurario, al compararlo erróneamente con un tipo de interés “normal” que no es el adecuado para este producto concreto, sin distinguir las distintas tipologías de los préstamos y créditos que ofrecen las entidades bancarias y entidades financieras», en «De nuevo sobre las tarjetas de crédito vs créditos *revolving*», SÁNCHEZ GARCÍA, *DLL*, 2019 (versión digital). REYNER SERRÁ: «No nos sirve cualquier estadística del supervisor (Banco de España) que no tenga en cuenta estas características diferenciales antes establecidas. Para establecer este parámetro debe atenderse a que las características de los productos comparados sean lo más homogéneas posible y, sin duda alguna, las operaciones más homogéneas del crédito revolving son las tarjetas de crédito con pago aplazado», REYNER SERRÁ, *RDVL*, 2017 (versión digital). CARRASCO PERERA, y AGÜERO ORTIZ: «El interés normal del dinero no es, ciertamente, el tipo de interés legal. Tampoco es el tipo de interés que se practica en un mercado de crédito que no es el mercado de referencia. El mercado de referencia del crédito personal no garantizado y gestionado por medio de tarjetas es el mercado de las tarjetas de crédito. Pero no de cualquier tarjeta de crédito, sino el de las tarjetas emitidas por una entidad en la cual el titular no tiene depositados sus fondos en forma de cuenta abierta. (...) [E]l término de referencia utilizado no puede haber sido el de los tipos de interés remuneratorio de las tarjetas de crédito. Estos tipos estaban alineados perfectamente con el utilizado en el contrato SYGMA», *RCESCO*, 2015, p. 82. AGÜERO ORTIZ: «sigue resultando evidente que el “interés normal” a la luz del cual debe decidirse si el interés de la tarjeta de crédito es “notablemente superior” es el interés ofrecido generalmente en el mercado relevante en la fecha de contratación y, en el caso concreto de las tarjetas enjuiciadas, debe ser entenderse que este mercado es el de las tarjetas de crédito sin garantías que no requieren la tenencia de una cuenta corriente en la entidad prestamista para la obtención del crédito», en AGÜERO ORTIZ, *RCESCO*, 2016, p. 139.

ponible (junio de 2010), el TEDR medio de las tarjetas de crédito fue del 19,15%, mientras que el TEDR de las operaciones de crédito al consumo a más de 5 años lo fue del 8,78%. Como se aprecia nítidamente, todas las tarjetas de crédito habrían de ser reputadas usurarias con las estadísticas del BdE en la mano y en aplicación de la doctrina Sygma, pues su propia media superaba el doble de la media del crédito al consumo (17,56%). Con todo, el BdE no ha modificado los datos de la tabla 19.6, en la que sí se incluyen las TAE medias aplicadas a los créditos al consumo, para incorporar las TAE medias aplicadas a las tarjetas de crédito, y bien podría hacerlo, pues cuenta con esos datos, ya que las entidades debían y deben comunicarlos en el estado I.2¹⁰³.

Sea como fuere, la publicación de los tipos de interés específicos aplicados a las tarjetas de crédito en las estadísticas del BdE provocó que un buen número de juzgados y tribunales¹⁰⁴, así como de la doctrina¹⁰⁵, comprendiera que el término de comparación debía ser este nuevo dato de las estadísticas del BdE, al menos para tarjetas contratadas con posterioridad a junio de 2010. Por el contrario, otro buen número de juzgados y tribunales continuaba comparando las TAE de las tarjetas controvertidas con los tipos medios de las operaciones de crédito al consumo¹⁰⁶, siguiendo obcecadamente a la fatídica sentencia Sygma.

¹⁰³ Datos de las TAE de las tarjetas de crédito que pueden consultarse, desde el último trimestre de 2012, como consecuencia de la Circular 5/2012 y su anejo 1 en la web del BdE, «Tipos de interés y comisiones aplicados a los servicios bancarios. Servicios financieros más frecuentes», disponible en: https://app.bde.es/csfwciu/csfwciuias/xml/Arranque.html?initOperation=becsfwciu_InicioMenuWeb2# (última consulta: 1.6.2023).

¹⁰⁴ V. gr. SAP de Islas Baleares, Sección 3.ª, de 5 de noviembre de 2019; SAP de Barcelona, Sección 19.ª, de 31 de octubre de 2019; SAP de Salamanca, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 2019; SAP de Islas Baleares, Sección 3.ª, de 29 de octubre de 2019; SAP de Barcelona, Sección 19.ª, de 8 de marzo de 2018; SAP de Madrid, Sección 19.ª, de 7 de marzo de 2018; SAP de Madrid, Sección 13.ª, de 24 de noviembre de 2017; SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 15 de diciembre de 2017; SAP de León, Sección 2.ª, de 9 de marzo de 2018; SAP de Albacete, Sección 1.ª, de 25 de septiembre de 2018; SAP Barcelona, Sección 13.ª, de 19 de febrero de 2018; SAP Barcelona, Sección 19.ª, de 8 de marzo de 2018; SAP Santander, Sección 2.ª, de 12 de abril de 2018; SAP Granada, Sección 4.ª, de 25 de mayo de 2018; entre otras.

¹⁰⁵ ALEMANY CASTELLS, *DLL*, 2019 (versión digital); y en *RJCU*, 2020, p. 16; CARRASCO PERERA; CORDÓN MORENO, 2019; CARRASCO PERERA; DEL SAZ DOMÍNGUEZ, *DLL*, 2019 (versión digital); RODA GARCÍA; GARCÍA-BARAGANO RODA, *DLL*, 2019 (versión digital); SÁNCHEZ GARCÍA, *RJCU*, 2020, p. 12; CASAS VALLÉS, *RJCU*, 2020, p. 30; REYNER SERRA, *RJCU*, 2020, p. 43; SABATER BAYLE, *RJCU*, 2020; AGÜERO ORTIZ, *RJCU*, 2020, p. 63.

¹⁰⁶ V. gr. SSAP de Asturias, Sección 7.ª, de 11 de octubre de 2019; de 10 de octubre de 2019; de 4 de octubre de 2019; de 3 de octubre de 2019; de 19 de septiembre de 2019; SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 12 de febrero de 2019; SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 2 de julio de 2019; SAP de Barcelona, Sección 11.ª, de 7 de noviembre de 2019; SAP de Barcelona, Sección 11.ª, de 5 de noviembre de 2019; SAP de Badajoz de 5 de noviembre de 2019; SAP de Ávila de 4 de noviembre de 2019; SAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 12 de noviembre de 2019; SAP de Badajoz de 28 de octubre de 2019; SAP de Salamanca, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 2019; SAP de Alicante de 20 de abril de 2018; SSAP de

Habida cuenta de la inseguridad jurídica ocasionada por la STS de 15 de noviembre de 2015, se hizo imprescindible un nuevo pronunciamiento del TS en el que se aclarara cuál debía ser el término de comparación: el dato específico de las tarjetas de crédito (que era lo obvio) o el de las operaciones de consumo genéricas.

4.2.3 STS 4.3.2020 (RJ 2020/407): materialización de las consecuencias del cambio doctrinal

La sentencia de 4 de marzo de 2020 (RJ 2020/407; en adelante, indistintamente «STS de 4 de marzo de 2020» o «STS Wizink»; ponente: Excmo. Sr. Saraza Jimena) venía llamada a resolver, cuando menos, el problema del término de comparación tras la actualización de las estadísticas del BdE con la inclusión de los tipos de interés medios aplicados a las tarjetas de crédito. Habría sido deseable que corrigiera los porcentajes comparables (TIN con TEDR, o TAE con TAE), así como que recuperara la exigencia de ponderar todas las circunstancias del caso, pero, al menos, debía pronunciarse sobre el primer asunto.

El supuesto de hecho litigioso, en esta ocasión, versaba sobre una tarjeta de crédito contratada en mayo de 2012 con Citibank (en la actualidad, Wizink), con un TIN del 24% y una TAE del 26,82%, que llegó al 27,24% en 2018. A diferencia de la sentencia Sygma, en este caso la demanda fue interpuesta por la prestataria sin hallarse en una situación de mora. Ni la sentencia de apelación¹⁰⁷ ni la del TS contienen ningún dato sobre las circunstancias de la contratación. Tampoco lo aclaraba la demanda, que solicitaba la declaración de usura en aplicación exclusiva de la doctrina Sygma, esto es, por imponer una TAE que duplicaba al TEDR medio de las operaciones de crédito al consumo¹⁰⁸. Tanto en primera instancia como en apelación se estimó la demanda, frente a lo que recurrió Wizink en casación, alegando sustancialmente que la tarjeta de crédito *revolving* controvertida no podía ser considerada usuraria, ya que el tipo de interés aplicado no era notablemente superior al normal de ese tipo de producto crediticio, como demostraban los nuevos datos de las estadísticas del BdE, pues se

Asturias de 26 de enero de 2018 y 14 de diciembre de 2018; SAP de Vizcaya de 13 de marzo de 2018; etc.

¹⁰⁷ SAP de Cantabria de 9 de julio de 2019 (JUR 2020/28794).

¹⁰⁸ «[P]or considerar que se celebró un contrato de crédito al consumo mediante tarjeta en el que se está aplicando un interés del 26,82 anual, que tiene la consideración de consumidor, y que ese interés entiende que es totalmente abusivo, y por ello, y basándose en la STS de 25 de noviembre de 2015 interesa que se declare la nulidad la nulidad de dicho contrato», *ibid.*

trataba de una categoría de crédito con autonomía y sustantividad propia dentro del crédito al consumo.

Cuerda y afortunadamente, la STS Wizink declaró que el término de comparación debía ser el dato específico de las estadísticas del BdE para las tarjetas de crédito (que para el tiempo de la contratación era del 20,64% TEDR), y no el genérico de las operaciones de crédito al consumo. Así, afirmó que «[p]ara determinar la referencia que ha de utilizarse como “interés normal del dinero” para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio» (FD 4.1). Además, se justificó la adopción del criterio relativo al término de comparación de la sentencia Sygma porque en aquella ocasión no fue objeto de discusión que se tomara ese tipo comparativo por el JPI¹⁰⁹, pese a que el artículo 319.3 de la LEC («sustituto» del art. 2 de la LRU) disponga que, en materia de usura, «los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción».

No obstante, el cambio de término de comparación no evitó la sanción de usura. Así, el TS declaró, tras lamentar que nuestra LRU no predisponga una tasa máxima, que un 26,82% TAE (24% TIN) era notablemente superior al 20,64% TEDR (tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito según las estadísticas del BdE). Para ello, argumentó como sigue: «[e]l tipo medio del que, en calidad de “interés normal del dinero”, se parte para realizar la comparación,

¹⁰⁹ Igualmente, CORDÓN MORENO: «las mayores facultades reconocidas al Tribunal Supremo sobre el juicio de hecho no pueden llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, y esto es lo que ocurriría si se le permitiese corregir la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia de instancia recurrida», en CARRASCO PERERA, y CORDÓN MORENO, 2019, p. 202. Así como, SABATER BAYLE: «De conformidad con la regulación propia del recurso de casación, por regla general el TS no puede revisar los hechos probados en las sentencias de instancia, y por ello, falló en este caso sobre los que “le venían dados” por la sentencia impugnada, máxime cuando el artículo 2 de la ley de usura en su versión originaria, en el que se permitía a los tribunales revisar libremente las alegaciones de las partes, quedó derogado por la LEC 1/2000 (disposición derogatoria única, 2.º, apdo. 2)», en SABATER BAYLE, *RJCU*, 2020, p. 81.

algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%. Por tal razón, una diferencia *tan apreciable* [sic] (...) ha de considerarse como “notablemente superior” a ese tipo utilizado como índice de referencia».

Este fundamento permitió inferir que el TS estaba adoptando como criterio de usura la aplicación de 1/3 sobre el tipo de referencia (criterio de usura francés), o de adición de 6 puntos porcentuales sobre el tipo de referencia. No obstante, el criterio nos seguía y sigue pareciendo inapropiado por tres motivos fundamentales: (i) la comparación no debe producirse entre tipos inconmensurables, insistimos, o se compara el TIN con el TEDR (24% vs. 20,64%), o se compara la TAE con la TAE; (ii) la diferencia real entre el interés de la tarjeta y el interés medio según las estadísticas del BdE era de, tan solo, 3,36 puntos porcentuales (resultado de comparar el TIN del 24% con el TEDR de 20,64%), y no creemos que un observador imparcial estuviera dispuesto a admitir, en ningún universo posible, que esa diferencia fuera «notable», pues los tipos medios estadísticos se obtienen, lógicamente, porque unas tarjetas aplican tipos superiores y, otras, tipos inferiores; y (iii) «apreciable» no es, ni puede ser, sinónimo de «notable».

A mayores, el TS continuó justificando la usura de la tarjeta realizando una valoración del mercado de las tarjetas de crédito en sí mismo, y no de las circunstancias del caso como ordena el artículo 1 de la LRU. En concreto, sostuvo que «[h]an de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son *el público al que suelen ir destinadas*, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito *revolving*, en que el *límite del crédito se va recomponiendo constantemente*, las cuantías de las *cuotas no suelen ser muy elevadas* en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede *convertir al prestatario en*

un deudor “cautivo”, y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio».

Estas afirmaciones, genéricas y categóricas, parecen profundamente desacertadas y desconectadas del mercado de las tarjetas de crédito. Ni es cierto que las tarjetas de crédito se destinen a personas que no pueden acceder a préstamos menos gravosos (solo hay que ver el estudio de mercado del apartado 2 de este trabajo), de hecho, nada en esta dirección se menciona respecto a la consumidora demandante; ni es imperativo que las tarjetas de crédito *revolving* tengan cuotas pequeñas que impidan amortizar capital, pues, por un lado, el prestatario puede establecer como forma de pago el pago a final de mes sin intereses y, por otro lado, puede incrementar la cuota en cualquier momento; ni es una consecuencia necesaria que el prestatario se erija en «deudor cautivo» por el hecho de que el capital se vaya recomponiendo: la reiteración del gasto no responde más que a su autonomía de la voluntad o, dicho de otro modo, está en su mano no continuar realizando disposiciones.

En fin, como apuntaba Vázquez Castro¹¹⁰, estas sentencias no solo han eliminado el elemento subjetivo del control de la usura, imprescindible para sancionar cualquier conducta, sino que desconfiguraron también el elemento objetivo, obviado el requisito de superioridad notable del interés respecto del interés ofrecido en el mercado y la ponderación de las circunstancias de la contratación. Además, la sentencia Wizink, empeñada en mantener la corrección de la sentencia Sygma y de declarar la usura de estos productos, realizó una crítica en globo al mercado de las tarjetas de crédito –en la que se evidenciaba el desconocimiento del producto y de su mercado objetivo–, como si el Alto Tribunal estuviera facultado para ejercer un control de mercado.

4.2.4 Disparidad de criterios en la jurisprudencia menor

Por sorprendente que parezca, tras la STS Wizink no se solventó la heterogeneidad de criterios de Juzgados y Audiencias Provinciales. Por una parte, algunos juzgadores insistían en que el término de comparación debía ser los tipos medios de las operaciones de crédito al consumo, como en la sentencia Sygma, incluso cuando la tarjeta hubiere sido contratada con posterioridad a junio de 2010 (momento para el cual ya existían datos específicos para las tarjetas de crédito en las estadísticas del BdE). Por otra parte, persistían las dudas respecto a qué criterio debía adoptarse en relación con las

¹¹⁰ VÁZQUEZ CASTRO, *RJCU*, 2020, pp.18 y 19.

tarjetas de crédito suscritas con anterioridad a junio de 2010. Asimismo, entre los juzgadores que estimaban pertinente contrastar con los tipos de referencia específicos de las tarjetas de crédito reflejados en las estadísticas del BdE, había discrepancias respecto a cuántos puntos porcentuales por encima de estas medias debía estipular el interés contractual para poder ser considerado usurario (v. gr. un 15% la AP de Badajoz, un 30% la AP de Cádiz, etc.)¹¹¹. En consecuencia, seguían siendo precisas aclaraciones por parte del Tribunal Supremo.

4.2.5 STS de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022/2373): el comienzo de la corrección del cambio doctrinal

En estas circunstancias, se dictó STS de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022/2373; en lo sucesivo, alternativamente, «STS de 4 de mayo de 2022» o «STS Estrella I») que, habida cuenta que enjuiciaba una tarjeta de crédito contratada en 2006, es decir, en un tiempo para el cual las estadísticas del BdE no arrojan datos desglosados relativos al tipo de interés medio de las tarjetas de crédito, debía esclarecer qué criterio de usura debía aplicarse en estos casos. Las alternativas eran las siguientes: (i) los tipos medios de las operaciones de crédito al consumo, según las estadísticas del BdE, con aplicación del criterio de usura de superación del doble de esa referencia o (ii) los tipos medios de las operaciones con tarjetas de crédito al tiempo de la contratación, como pudiera ser probado por las partes (ej. estadísticas ASNEF, datos de la Revista *Dinero y Derechos*, etc.), incrementado en un porcentaje o un número determinado de puntos porcentuales.

En particular, se enjuiciaba el carácter usurario de una tarjeta de crédito contratada en 2006 al 24,5% TAE, 22,08% TIN, en que la prestataria había dispuesto de 6304,81 euros, lo que había generado 666,20 euros. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación rechazaron el carácter usurario del contrato, puesto que tomaron como término de comparación los tipos medios de las operaciones con tarjeta de crédito, considerando suficientemente probado que «la propia base de datos del Banco de España, revela que en fechas próximas a la emisión de la tarjeta era frecuente que la TAE aplicada por las entidades bancarias a las operaciones de tarjeta de crédito con pago aplazado fuera superior al 20%, siendo habitual incluso que las contratadas con grandes entidades bancarias superasen el 23, 24, 25 y hasta el 26%»¹¹². Frente a ello, la

¹¹¹ Vid. al respecto, AGÜERO ORTIZ, *RCESCO*, 2021.

¹¹² SAP de Albacete, 1.º de 21 de septiembre de 2018 (JUR 2018/301305).

representación letrada de la deudora interpuso recurso de casación en el que se alegaba la infracción de los artículos 1, 3 y 9 de la LRU y de la jurisprudencia representada por la STS 25 de noviembre de 2015. En concreto, se argumentaba que la AP de Albacete había infringido la jurisprudencia del TS al no tomar como término de comparación los tipos medios de las operaciones de crédito al consumo según las estadísticas del BdE, como ordenaba la sentencia Sygma.

La escueta STS de 4 de mayo de 2022 resolvió el recurso, en el FD tercero intitulado «reiteración de la doctrina sentada en la Sentencia 49/2020 de 4 de marzo», y afirmaba que la cuestión de cuál debiera ser el término de referencia ya había sido resuelta por la STS de 4 de marzo de 2020, de suerte que «debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y que, si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias». Por lo tanto, «[n]o puede aceptarse la tesis de la recurrente de que el interés de referencia que debe emplearse para decidir si el interés del contrato cuestionado es “notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso” es el general de los créditos al consumo y no el más específico de las tarjetas de crédito y *revolving* que es utilizado en la sentencia recurrida». Hasta aquí, todo parece bastante correcto y consecuente con la STS de 4 de marzo de 2020.

Ahora bien, la cuestión no era baladí pues, como se estará preguntando el lector, no quedaba claro, ni se expresaba, qué datos estaba manejando como tipo medio de las operaciones con tarjeta de crédito la AP y, por consiguiente, el TS, ya que no existían datos estadísticos del BdE para el año 2006. Más aún cuando, de pronto, se sostiene lo siguiente: «[I]os hechos fijados en la instancia, que deben ser respetados en el recurso de casación, consisten en que *los datos obtenidos de la base de datos del Banco de España* revelan que, en las fechas próximas a la suscripción del contrato de tarjeta revolving, la TAE aplicada por las entidades bancarias a las operaciones de tarjeta de crédito con pago aplazado era frecuentemente superior al 20% y que también era *habitual que las tarjetas revolving contratadas con grandes entidades bancarias superasen el 23%, 24%, 25% y hasta el 26% anual*». Afirmación que es, por lo demás, absolutamente cierta.

Con todo, resultaba desconocido a qué datos del BdE se refería la sentencia, ya que no se citaban con propiedad. Tampoco explicaba la sentencia qué prueba se admitió que justificase lo que siempre fue verdad, es decir, que el tipo medio habitual alcanzaba (y alcanza) el 26% TAE. Consultada la defensa letrada de Estrella Receivables LTD¹¹³, así como analizados los escritos procesales y prueba presentada, podemos confirmar que la prueba que se aportó para justificar la normalidad del tipo de interés en 2006 fue el anexo del artículo «“Sygma Mediatis” un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio»¹¹⁴. En este anexo se incluyen unas capturas de pantalla de las tablas de los tipos de interés de las tarjetas de crédito de las principales entidades de crédito, para el año en curso, que publicaba con carácter anual la Revista *Dinero y Derechos* de la OCU y que, históricamente, era accesible en abierto, pero que ya no lo es. Asimismo, se adjuntaba una comparativa de las TAE aplicadas por cinco entidades de crédito a sus tarjetas de crédito, desde 2012, en el comparador de intereses del Banco de España, que mostraba que cuatro de las cinco arrojaban una TAE superior al 20% (*vid.* la imagen incorporada en el Anexo II).

En conclusión, la STS 4 de mayo de 2022 aclaraba qué tipo de interés de referencia debía ser el relativo a las tarjetas de crédito, se hubiera producido la contratación antes o después de la existencia de las estadísticas específicas del BdE, por lo que se apartaba radicalmente de la doctrina Sygma. Además, parecía admitirse cualquier medio de prueba que consiguiera justificar el tipo medio del mercado en el tiempo de la contratación¹¹⁵.

Sin embargo, no quedaba resuelto el criterio de usura o «superioridad notable» aplicado para rechazar el carácter usurario de la tarjeta litigiosa, que podría ser: (i) 6 puntos o del 30% derivado de la STS Wizink sobre ese 20% que, con frecuencia, superaban las tarjetas en la época de contratación; o (ii) si, por el contrario, se consideró probado que el interés normal del dinero de este producto alcanzaba al 26% TAE¹¹⁶, debiéndose aplicar el criterio de usura sobre esta última cifra, lo que permitiría situar el *trigger* de la usura, en estos productos, alrededor del 32% TAE.

Esta sentencia, como viene siendo habitual, provocó gran revuelo mediático, pues se advertía de que el TS estaba poniendo coto a las demandas de usura de tarjetas de crédito, lo que provocó,

¹¹³ ALTH Loan Services.

¹¹⁴ CARRASCO PERERA y AGÜERO ORTIZ, *RCESCO*, 2015, pp. 91-94.

¹¹⁵ MARTÍNEZ DÍAZ, 2022 (versión digital).

¹¹⁶ SÁNCHEZ GARCÍA: «La Sala 1.ª del TS dicta la sentencia de 4 de mayo de 2022, precisando su doctrina jurisprudencial y zanja lo que debe considerarse por interés notablemente superior al normal del dinero en un crédito revolving», SÁNCHEZ GARCÍA, *RDVL*, 2022 (versión digital); y *CGAE*, 2022 (versión digital).

extrañamente, que el TS emitiera una nota aclaratoria en la que trataba de convencer de que esta sentencia no comportaba ninguna novedad en la jurisprudencia relativa a las tarjetas de crédito *revolving*, pues no hacía más que reiterar lo dicho en la STS de 4 de marzo de 2020. Esta nota hacía hincapié en que la Sala estaba constreñida por los hechos probados en la instancia, puesto que no se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal.

Sin embargo, la sentencia sí fue más allá de la STS de 4 de marzo de 2010 (que enjuiciaba una tarjeta contratada con posterioridad a 2010), pues aplicó su criterio a una tarjeta contratada antes de que existieran datos sobre los tipos medios de las tarjetas de crédito en las estadísticas del BdE y, además, aceptó probado que el tipo medio oscilaba entre el 23 y 26% TAE¹¹⁷. En consecuencia, se apartó radicalmente de la doctrina Sygma al rechazar que pudiera seguir contrastándose las TAE de las tarjetas de crédito con los tipos medios de las operaciones de consumo según las estadísticas del BdE; así como como al abandonar el criterio de usura de superación del doble de esos tipos medios. Y, a mayor abundamiento, admitió, pretendidamente o no, la justificación por cualquier medio probatorio del tipo de interés medio de este producto, en ausencia de estadísticas del BdE.

En fin, esta sentencia constituyó un cambio de paradigma en la jurisprudencia en materia de crédito *revolving*, y supuso el inicio de un viraje corrector en este asunto, que no haría sino consolidarse en los subsiguientes pronunciamientos del TS.

4.2.6 STS de 4 de octubre de 2022 (RJ 2022\4237): la confirmación de la corrección del cambio doctrinal

En la STS de 4 de octubre de 2022 (RJ 2022\4237; en adelante «STS de 4 de octubre de 2022» o «STS Estrella II»; ponente: Excmo. Sr. Vela Torres), se reiteraron las afirmaciones vertidas en la STS de 4 de mayo de 2022, incluso cuando se hubo interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, que fue desestimado por auto de 7 de julio de 2021 (JUR 2021\228370). En otras palabras, se consolidó el cambio jurisprudencial, sin que el TS pudiera apelar a constricción alguna a los hechos probados en la instancia¹¹⁸.

¹¹⁷ MUÑOZ DELGADO, *RDSF*, 2022 (versión digital).

¹¹⁸ Como se apunta en AGÜERO ORTIZ, *CCJC*, 2023, pp. 201-224: «En la sentencia Sygma, la tarjeta enjuiciada y anulada por usura fue contratada en 2001 con una TAE del 24,6%. Con la doctrina sentada en las dos últimas sentencias del Tribunal Supremo respecto a la usura en crédito *revolving*, esto es, en la década de 1999 a 2009 eran TAE

Concretamente, se enjuiciaba una tarjeta de crédito Barclays, contratada en marzo de 2001 al 20,9% TAE que había ocasionado una deuda a favor del prestamista de 9620,43 euros. Cedido el crédito a Estrella Receivables, esta interpuso demanda de reclamación de cantidad, a lo que se opuso la prestataria alegando el carácter usurario de la tarjeta. La demanda fue estimada en ambas instancias, en las que Traveria Fillat aportaba la misma prueba que la referida en el punto 4.2.5 de este trabajo, para demostrar la normalidad del tipo de interés aplicado en la tarjeta controvertida.

Recurrida en casación la sentencia de apelación¹¹⁹, interesando el contraste de la TAE con los tipos medios de las operaciones genéricas de crédito al consumo, la brevísima STS de 4 de octubre de 2022 se limitó a reproducir la STS de 4 de marzo de 2020 en relación con el hecho de que debía tomarse como término de comparación el de las categorías específicas del producto litigioso.

Asimismo, añadió que «[s]egún la documentación obrante en las actuaciones, el TAE del contrato celebrado entre las partes era del 20,9%. Aunque en el año 2001 no se publicaba todavía por el Banco de España el tipo medio de las operaciones revolving, el tipo medio de productos similares era superior a la citada cifra. Los porcentajes a que se refiere el recurso de casación no son correctos, porque se refieren a créditos al consumo y, como hemos dicho anteriormente, es más adecuado tomar en consideración otros productos más similares a los créditos revolving, como las tarjetas recargables o de las de pago aplazado, que en la fecha de celebración del contrato tenían un interés medio del 24,5% anual y en la década 1999/2009, osciló entre el 23% y el 26%; en todo caso, siempre en un rango superior al interés pactado en el caso litigioso. Por ello, tenemos que llegar a la misma conclusión que en la sentencia 367/2022, de 4 de mayo (RJ 2022, 2373), y no considerar usurario el interés pactado en este caso».

Así las cosas, todo parecía indicar que el TS había consolidado su postura y adoptado como criterio jurisprudencial que, en la década de 1999 a 2009, el tipo de interés normal del dinero en el mercado del crédito revolving oscilaba entre el 23 y 26% TAE, de suerte que, sobre ello, debería aplicarse el criterio de usura que se tuviera por conveniente¹²⁰. Este criterio, como apuntamos *ut supra*, se presumía del incremento de 1/3 sobre el tipo de referencia, o de

normales las fluctuantes entre el 23 y 26%, la tarjeta anulada en la sentencia Sygma habría merecido la consideración de no usuraria. El cambio es patente».

¹¹⁹ SAP de A Coruña, 5.ª, de 31 de enero de 2019 (JUR 2019/69495).

¹²⁰ AGÜERO ORTIZ, *CCJC*, 2023, donde además se realiza un estudio de la recepción de esta doctrina en la jurisprudencia menor; MARÍN LÓPEZ, *RCESCO*, 2022, pp. 1-25; SÁNCHEZ GARCÍA, *DLL*, 2022 (versión digital); y en *RDVL*, 2022 (versión digital).

adición de 6 puntos porcentuales, como consecuencia de la declaración de usura de una tarjeta con una TAE del 26,82% respecto a un tipo de referencia del 20,64 TEDR en la STS de 4 de marzo de 2020. En consecuencia, parecía que el dislate de la sentencia Sygma se había corregido y que, por fin, había imperado la verdad de los hechos, a saber, que las TAE de estos productos se mueven, incluso en la actualidad, en torno al 26%. Pero no fue así.

4.2.7 STS de 13 de octubre de 2022 (RJ 2022/4463): la consecuencia de la usura es la nulidad total del préstamo

La STS de 13 de octubre de 2022 (RJ 2022/4463; ponente Excmo. Sr. Sancho Gargallo), no constituye ningún aporte al debate respecto a la usura de las tarjetas de crédito *revolving*, ya que en ella no se recurrió la declaración de usura por parte del prestamista (pese a que la TAE declarada usuraria era tan solo del 16,08%).

Por el contrario, en este caso los prestatarios recurrieron la sentencia de apelación¹²¹, ya que en ella la AP condenaba únicamente al prestamista a devolver los intereses usurarios percibidos, pero no el resto de cantidades, como comisiones, etc., ya que los consumidores demandantes solicitaron exclusivamente la declaración de nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios al amparo del artículo 1 de la LRU. Así pues, en el recurso de casación interesaba que se declarara la nulidad del contrato por entero y que, consecuentemente, se condenara a la prestamista a restituir todas las cantidades percibidas de los prestatarios que excedieran del capital prestado (en aplicación del art. 3 de la LRU).

Por su parte, el TS casó la sentencia de apelación explicando que «aunque el pronunciamiento declarativo solicitado ciñera la nulidad no a todo el crédito sino a la cláusula de intereses remuneratorios, pues en la medida en que se fundaba en su carácter usurario, el efecto de la apreciación del interés usurario era el legal del artículo 3 de la Ley de Usura, que fue además el solicitado expresamente como pronunciamiento de condena. Esta expresa petición de condena lleva implícita la declaración de su procedencia que se apoya en la nulidad del crédito por usurario. De tal forma que, aunque la declaración formal de nulidad solicitada y apreciada se ciña a la cláusula de interés remuneratorio, no resulta incongruente, si así se solicita, aplicar los efectos legales de la apreciación del interés usurario previstos en el artículo 3 de la Ley de Usura».

¹²¹ SAP de Cantabria, 4.ª, de 2 de julio de 2018 (JUR 2022/315122).

En otras palabras, la declaración de usura de un préstamo comporta su nulidad, incluso cuando se solicite la nulidad parcial de su cláusula de intereses remuneratorios.

4.2.8 STS de 15 de febrero de 2023 (RJ 2023\1101): fijación de una tasa de usura para las tarjetas de crédito *revolving*

Como estábamos analizando, con las sentencias de 2022 todo parecía indicar que se había declarado la normalidad de los tipos entre el 23 y 26% TAE; que se había admitido que se podía justificar el tipo del mercado, para las contrataciones previas a junio de 2010 para las que no existen datos en las estadísticas del BdE, por cualquier medio probatorio; y, quedaba pendiente de resolver cuál debía ser el criterio de usura que aplicar sobre el tipo de referencia, para resolver definitivamente la heterogeneidad de criterios existente en la jurisprudencia menor. Hacía falta, pues, una sentencia del Pleno con vocación de unificación de doctrina.

Esta fue la Sentencia de 15 de febrero de 2023 (RJ 2023/1105; en adelante «STS 258/2023»¹²²; ponente: Excmo. Sr. Sancho Gallo). En el caso litigioso, nuevamente, se conocía de una reclamación de cantidad instada en representación de Estrella Receivables LTD por el impago de la deuda contraída (5612,61 € de capital, más 566,20 € en concepto de intereses remuneratorios) por el uso de una tarjeta de crédito contratada en mayo de 2004 con Barclays, al 23,9% TAE y 20,90% TIN. En primera instancia, se desestimó la demanda y se declaró usurario el préstamo, lo que fue revocado en apelación¹²³, pues declaró que un 20,90% TIN no podía ser considerado usurario. Frente a ello, los demandados interpusieron recurso de casación¹²⁴ alegando la infracción del artículo 1 de la LRU y la contradicción de la STS Sygma, «en virtud de la cual el interés normal del dinero de un contrato de tarjeta de crédito vendrá establecido por el tipo medio de los créditos al consumo, doctrina que infringe la sentencia aquí recurrida, al acudir a las estadísticas del Banco de España sobre tarjetas de crédito, aun cuando no existen datos específicos de esa modalidad referidos al año 2004, en lugar de al tipo medio de los préstamos al consumo, cuyos datos estadísticos sí incluían los de las tarjetas». Por tanto, la cuestión a dirimir era qué parámetros debían emplearse para declarar usuraria una

¹²² Utilizaremos esta denominación para diferenciarla de la STS núm. 257/2023 de misma fecha, también en materia de usura, pero no relacionada con el crédito *revolving*.

¹²³ SAP de Huelva, 2.ª, de 21 de febrero de 2019 (JUR 2019/150203).

¹²⁴ No extraordinario por infracción procesal, compartiendo alegato con las STS de 4 de mayo de 2022 y 4 de octubre de 2022, sin que aquí parezca estar constreñida la Sala por los hechos probados en la instancia.

tarjeta de crédito *revolving* (es decir, la cuestión de fondo desde hacía casi ocho años).

En primer lugar, el TS partió analizando la evolución de sus pronunciamientos en la materia e insistió en que en la STS de 25 de noviembre de 2015 se comparó con los tipos medios de las operaciones de crédito al consumo porque ello no había sido discutido en la instancia (pese a ello, presumiendo que el Alto Tribunal conoce, o debe conocer –*iura novit curia*–, la diferencia de ambos créditos y los tipos de productos que se toman en consideración para la elaboración de dichas estadísticas, bien podía –debía– haber confirmado el carácter no usurario de la tarjeta litigiosa, como apropiadamente hizo la sentencia de apelación).

En segundo lugar, profundizó sobre las SSTs de 4 de mayo de 2022 y de 4 de octubre de 2022, afirmando que en ellas, el juicio comparativo venía condicionado por los hechos acreditados en la instancia: «i) en las fechas próximas a la suscripción del contrato litigioso, celebrado en 2006, la TAE aplicada por las entidades bancarias a las operaciones de tarjeta de crédito con pago aplazado era frecuentemente superior al 20%; ii) también era habitual que las tarjetas revolving contratadas con grandes entidades bancarias superasen el 23%, 24%, el 25% y hasta el 26% anual; iii) y la TAE de la tarjeta revolving contratada por la recurrente era del 24,5% anual. Sobre la base de estos hechos probados, la sala confirmó que la conclusión alcanzada por la Audiencia de que el interés remuneratorio no era usurario, no vulneraba la Ley de Usura».

Finalmente, determinó que lo que se planteaba en este caso era precisamente «la determinación de cuál era el interés normal del dinero referido a estos contratos de tarjeta de crédito *revolving* en el año 2004, en que se concertó el contrato y no existían estadísticas del Banco de España, porque fue a partir de junio de 2010 que se desglosó en la estadística la información referida al crédito *revolving*». Aunque debe resaltarse que esto era justo lo controvertido en las sentencias de 2022.

Así pues, comenzó insistiendo en que la cifra contractual que debía tomarse en consideración era la TAE y que, en contratos anteriores a junio de 2010 debía tomarse como término de comparación el tipo medio de las operaciones con tarjeta de crédito según las estadísticas del BdE para la fecha más cercana a la contratación, a saber, junio de 2010 (que es la primera mensualidad para la que existen estos datos), fecha en que el TEDR medio de las tarjetas de crédito se situaba en 19,32%.

En paralelo, y por primera vez, el TS reconoció que el TEDR y la TAE constituían cifras heterogéneas: «el índice analizado por el

Banco de España en esos boletines estadísticos no es la TAE, sino el TEDR (tipo efectivo de definición restringida), que equivale a *la TAE sin comisiones*; de manera que si a ese TEDR se le añadieran las comisiones, el tipo sería ligeramente superior, y la diferencia con la TAE también ligeramente menor, con el consiguiente efecto respecto de la posibilidad de apreciar la usura». Y nosotros nos preguntamos... ¿por qué no, en lugar de «añadir comisiones al TEDR», comparamos el TIN (que es el tipo de interés, vamos, el TEDR) con el TEDR? ¿Por qué esa obstinación en mantener la comparación con la TAE? Dicho de otro modo, ¿por qué ese rechazo a reconocer que en la STS de 25 de noviembre de 2015 se adoptó un criterio desacertado?

Intentando restar importancia al error que constituye mantener el empecinamiento en comparar la TAE con el TEDR, continuaba el TS afirmando que «(...) [aunque] ordinariamente [la diferencia entre ambos] no será muy determinante, en atención a que la usura requiere no solo que el interés pactado sea superior al común del mercado, sino que lo sea «notablemente». El empleo de este adverbio en la comparación minimiza en la mayoría de los casos la relevancia de la diferencia entre la TEDR y la TAE». Para finalmente concluir que la diferencia entre TAE y TEDR es de unas 20 o 30 centésimas (sin aportar ningún dato que justificase este extremo) y que, por ende, al realizar la comparación propuesta, se deberá añadir al TEDR esas 20 o 30 centésimas como factor de corrección. Consideramos que esta afirmación constituye un grave error, como trataremos de demostrar en unos instantes.

De este modo, el TS dejó establecido el tipo interés de referencia: (i) en las contrataciones anteriores a junio de 2010, el tipo medio será el aplicado en junio de 2010 incrementado en 30 centésimas, esto es, 19,32% más 0,30, 19,62%; y (ii) en las contrataciones posteriores a junio de 2010, el tipo medio aplicado a las operaciones con tarjeta según las estadísticas del BdE, incrementado en esas 30 centésimas.

Restaba, pues, determinar un criterio de usura o de superioridad a esos tipos de referencia que permitieran declarar, con un resultado binario toda vez que la jurisprudencia del TS en materia de crédito *revolving* ha erradicado la ponderación circunstancial¹²⁵, si una tarjeta era o no usuraria. Así pues, retomando la STS de 4 de

¹²⁵ Lo que la sentencia justifica como sigue: «[u]n criterio así de abierto, no rígido, exige un juicio o valoración para cada caso, acorde con la búsqueda de la justicia del caso concreto. Esta fórmula legal se acomoda muy bien a un contexto de contratación y litigación como era el español antes de que hubiera irrumpido la litigación en masa, en la segunda década de este siglo. Pero en este nuevo contexto, siendo tantos los miles de litigios que versan sobre la misma cuestión, la aspiración de la justicia viene ahora connotada por la exigencia de dar un trato igual o equivalente a situaciones iguales o equivalentes, y facilitar

marzo de 2020 en la que se declaró usuraria una tarjeta cuya TAE superaba en 6 puntos el interés medio de las estadísticas del BdE, decidió fijar como criterio jurisprudencial de usura, exclusivamente para este tipo de productos, el límite de 6 puntos porcentuales más el factor corrector de 30 centésimas. En sus propios términos: «[e]n la medida en que el criterio que vamos a establecer lo es solo para un tipo de contratos, los de tarjeta de crédito en la modalidad revolving, en los que hasta ahora el interés medio se ha situado por encima del 15%, por lo argumentado en la citada sentencia 149/2020, de 4 de marzo, consideramos más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales¹²⁶». En consecuencia, declaró no usuraria la tarjeta controvertida cuya TAE no superaba en 6 puntos el tipo de referencia.

Debe aplaudirse que el TS haya afrontado el problema judicial provocado y que haya adoptado un criterio claro que permita, por fin, recobrar la seguridad jurídica. Con todo, consideramos que el criterio continúa errando en dos aspectos, y creemos que lo hace con una finalidad determinada: declarar usurarias las tarjetas con una TAE del 26,82% (principalmente de Wizink, antes Citibank) y *salvar* así el pronunciamiento de la STS de 4 de marzo de 2020. Es decir, parece que la forma de operar ha sido la inversa, que se ha partido del resultado deseado, a saber, 26,82% igual a usura, y se ha comenzado a restar: 20 puntos del tipo medio, 6 puntos de criterio de superioridad; quedan 0,82, de modo que el factor de corrección por la diferencia entre la TAE y el TEDR debe ser menos de 0,82, pongamos por caso, 20 o 30 centésimas. Por supuesto que, con seguridad, esta no ha sido la forma de operar del TS, pero lo parece.

Sea como fuere, decíamos que nos parece errado el criterio adoptado por dos motivos. El primero de ellos es que no se entiende por qué debe compararse la TAE de una tarjeta de crédito contratada, por ejemplo, en 2001, con los tipos medios aplicados una década después. Existiendo, como existen, medios de prueba del tipo realmente aplicado en el mercado antes de 2010, deberían aceptarse estos datos. Obsérvese que justo en 2010 las estadísticas

la predecibilidad de las soluciones judiciales para dotar de mayor seguridad jurídica al mercado y al tráfico económico».

¹²⁶ Criterio defendido por ARTIGOT GOLOBARDES, AD, 2020 (versión digital), quien consideraba que la mejor forma de entender el test Wizink era mediante el criterio de los 6 puntos porcentuales (y no un porcentaje sobre el tipo contractual, por ejemplo, el 30%), pues ello provocaría que cuanto menor fuera el tipo de interés, menor sería el límite de usura y que, cuanto mayor fuera el tipo de interés, mayor sería el límite de usura, en contra de la STS Wizink que sostenía que, cuanto mayor fuera el tipo de interés, menor debería ser el margen para apreciar la usura.

del BdE reflejan una caída abrupta de los tipos de interés, por lo que no parece muy razonable comparar las TAE con TEDR aplicados con años de diferencia (*vid.* gráfico que se incorpora como Anexo III).

En segundo lugar, nos parece intolerable que se establezca con tanta frivolidad la diferencia entre la TAE y el TEDR. Si la diferencia es tan irrisoria, no se entiende qué impide a TS contrastar el TEDR con el TIN. Es incomprensible. Pero lo que en modo alguno puede aceptarse es que se fije «a ojo». Basta con analizar las diferencias entre TIN y TAE de las tarjetas de crédito controvertidas en las sentencias comentadas para observar que la diferencia no es de 20 o 30 centésimas.

En la STS de 25 de noviembre de 2015 la TAE era del 24,60% y el TIN del 22,20%, por lo que la diferencia era de 2,4 puntos; en la STS de 4 de mayo de 2022 la TAE era del 24,50% y el TIN del 22,08%, por lo que la diferencia era de 2,42 puntos; en la STS de 4 de octubre de 2022 la TAE era del 20,90% y el TIN del 18,96%, por lo que la diferencia era de 1,94 puntos; y en la STS de 258/2023 de 15 de febrero de 2023 la TAE era del 23,90% y el TIN del 21,60%, por lo que la diferencia era de 2,30 puntos. A mayor abundamiento, pueden compararse las tablas estadísticas del BdE 19.4 con la 19.6 relativas a créditos al consumo (que sí recoge las TAE, pero no especifica los datos de las tarjetas de crédito –aunque bien podría hacerlo–) y se observará que la media de la diferencia entre TEDR y TAE es de 0,78%, como se pretende ilustrar en la tabla adjunta como Anexo IV.

4.2.9 STS de 28 de febrero de 2023 (RJ 2023/1280): aplicación de la nueva tasa y declaración de nulidad «parcial-temporal»

Por último, debemos reparar en la STS de 28 de febrero de 2023 (RJ 2023/1280; en adelante, «STS de 28 de febrero de 2023»; ponente: Excmo. Sr. Saraza Jimena), en la que se resuelve una controversia novedosa respecto a los casos analizados hasta el momento. En concreto, se evalúa el carácter usurario de una tarjeta de crédito cuya TAE, en el momento de la contratación (2003), era del 15,9%, pero que, con posterioridad, ascendió al 26,9% en 2009, y se mantuvo con dicha TAE hasta que se canceló el contrato en 2011.

En estas circunstancias, y aplicando la regla establecida unos quince días antes, el TS concluyó que la TAE aplicada a partir de 2009 era notablemente superior al interés normal del dinero (por

superar en más de 6,30 puntos al tipo estadístico de junio de 2010 de 19,52%). Ahora bien, lo sorprendente es que el TS declaró la nulidad parcial del contrato como sigue: «[e]ste carácter usurario no afecta al contrato desde el momento inicial del contrato, sino exclusivamente desde el momento en que la acreedora fijó unilateralmente una TAE a un tipo de interés notablemente superior al normal del dinero en ese momento. Por tal razón, las consecuencias anudadas a ese carácter usurario (que la acreditada solo ha de restituir las cantidades satisfechas mediante el uso de la tarjeta revolving, pero no los intereses devengados) han de producirse desde que se fijó el interés usurario, el 12 de agosto de 2009».

Este fallo se encuadra en el viraje restrictivo experimentado por la jurisprudencia del TS en materia de usura de las tarjetas de crédito *revolving*, pero no parece tener encaje con la nulidad radical que provoca la declaración de usura. Imagínese, por un momento, que el prestamista hubiera bajado unilateralmente los tipos de interés con posterioridad a esa significativa subida en 2009. En ese caso, y siguiendo la lógica de la sentencia, debería declararse la nulidad durante el lapso temporal en que el tipo de interés se situó por encima del umbral de usura permitido, pero mantenerse la validez del contrato previa y posterior (como si de un paréntesis se tratara), lo que es inaceptable. Declarada la usura, el efecto propagatorio de la nulidad impide sostener la validez del contrato con posterioridad y, si esto es así, lo mismo debe aceptarse respecto al momento anterior.

5. CONCLUSIONES

El estudio realizado permite concluir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de crédito *revolving* ha comportado una desnaturalización de la institución de la usura, que ha pasado de ser una institución excepcional, a ser predicable de todo un mercado de crédito.

Esta desnaturalización fue patente en la STS de 25 de noviembre de 2015, cuyo lamentable criterio ha sido objeto de corrección en todas las sentencias posteriores. Así, la STS de 15 de febrero de 2023 ha roto, prácticamente al completo, con aquella nefasta sentencia, aunque persiste la insistencia en tomar la TAE como interés del préstamo. Además, ha introducido un criterio de usura que permitirá dirimir la heterogeneidad de criterios e inseguridad jurídica ocasionada por la sentencia Sygma, aunque es de lamentar que el criterio sea exclusivamente objetivo; que no tome en consideración

los tipos reales del mercado de crédito al tiempo de la contratación (en tarjetas contratadas antes de 2010); y que se tome como criterio corrector del TEDR, para ajustarlo a la TAE, un criterio carente de base alguna (30 centésimas, «a ojo de buen cubero»), en lugar de comparar el TIN con el TEDR, que sí constituyen la misma cifra y son, por tanto, comparables.

Con este criterio, parece que el TS restringe el carácter usurario de las tarjetas de crédito, que ya no es generalizado, como conducía a considerar la STS de 25 de noviembre de 2015 –lo que demostraba su incorrección–. Por eso, no es de extrañar que los despachos dedicados a este nicho de mercado hayan realizado un llamamiento para continuar los pleitos por la vía de la falta de transparencia¹²⁷.

Por su parte, la STS de 28 de febrero de 2023, que declara la nulidad por usura con efectos temporales acotados, provoca un nuevo dilema generado, igualmente, por la desnaturalización del control de la usura efectuado por el Tribunal Supremo. Muy particularmente, por la eliminación de la ponderación circunstancial que toda norma sancionadora y excepcional exige, así como por no realizar una aplicación restrictiva y estricta de la norma. La cuestión de fondo, en nuestra opinión, es que probablemente la tarjeta controvertida no merecía la consideración de usuraria, pero para concluir esto, el TS tendría que haber reconocido no solo que la sentencia Sygma fue errada, sino que la sentencia Wizink también lo fue. Para evitar esto, se generan artificios como la limitación del efecto retroactivo de la nulidad, que tan malos resultados tuvo en la archiconocida STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo.

En fin, esperamos que este particular *via crucis* de casi ocho años de duración no vuelva a repetirse, pues no parece que corresponda a «las bocas mudas que pronuncian las palabras de la ley» proceder al cierre de mercados.

¹²⁷ *Vid.* al respecto, MARÍN LÓPEZ, *RCESCO*, 2023, pp. 68-133.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Comentario a la STS de 4 de octubre de 2022 (RJ 2022, 4237). Cambio de paradigma en la evaluación de usura de las tarjetas revolving: nuevo término de comparación y normalidad del 23-26% TAE», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 121, 2023, pp. 201-224.
- «Usura: estado de la cuestión. Análisis de los criterios aplicados por las audiencias provinciales y tabla analítica de sus últimas resoluciones», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 39, 2021, pp. 13-47.
- «Consecuencias auguradas de la doctrina “Sygma” en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 7, vLex, 2020, pp. 74-92.
- «No todas las tarjetas de crédito son usurarias, es posible que haya futuro para la financiación de consumo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19, 2016, pp. 133-150.
- ALBADALEJO GARCÍA, Manuel: «La nulidad de los préstamos usurarios», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 1, 1995, pp. 33-50.
- ALEMANY CASTELL, Marta: «Los créditos y las tarjetas revolving», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 7, vLex, 2020, pp. 92-116.
- «La comparación del interés “normal del dinero” en los créditos revolving de acuerdo con las estadísticas que publica el Banco de España», *Diario La Ley*, núm. 9367, Sección Tribuna, 2019 (versión digital).
- «De nuevo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015», *Revista de Derecho vLex*, núm. 140, 2016 (versión digital).
- ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia: «Tarjetas revolving, usura e inseguridad jurídica», *Almacén de Derecho*, de 15 de abril de 2020, disponible en: <https://almacenederecho.org/tarjetas-revolving-usura-e-inseguridad-juridica>
- BECEÑA GONZÁLEZ, Francisco: *El interés del capital y la Ley Azcárate contra la usura*, Suárez, Madrid, 1915.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Aranzadi, 2.ª Ed., 2017.
- CARRASCO PERERA, Ángel, y AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. “Sygma Mediatis” un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 16, 2015, pp. 73-94.
- CARRASCO PERERA, Ángel, y CORDÓN MORENO, Faustino: *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving. La superación de la jurisprudencia «Sygma mediatis»*, Civitas, Thomson Reuters, 2019.
- CARRASCO PERERA, Ángel, y DEL SAZ DOMÍNGUEZ, Lucía: «El laberinto jurisprudencial de la usura en las tarjetas de crédito», *Diario La Ley*, núm. 9369, Sección Tribuna, 2019 (versión digital).
- CASAS VALLÉS, Ramón: «Informe sobre la eventual calificación como usurarios de los intereses remuneratorios estipulados en contratos de crédito “revolving”», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 7, vLex, 2020, pp. 19-40.
- DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, María Ángeles: *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, 2005.
- ESTASÉN, Pedro: «La ley sobre préstamos usurarios», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, vol. 57, núm. 114, 1909, pp. 70-82.
- FUENTESECA DÍAZ, Pablo: *Derecho privado romano*, Ed. El autor, Madrid, 1978.
- HINOJOSA, Juan: «Sobre la imprescriptibilidad de la acción nacida de los préstamos usurarios», *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXI, 1934, pp. 242-247.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*, Dykinson, 2010.
- MARÍN LOPEZ, Manuel Jesús: «El control de transparencia material de la cláusula de intereses remuneratorios del crédito “revolving”», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 45, 2023, pp. 68-133.
- «Una TAE del 26% en un crédito revolving está dentro del interés normal del dinero, y una TAE más elevada solo es usuraria si es “notablemente superior” a esa cifra», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 44, 2022, pp. 1-25.
- «Dos cuestiones prejudiciales sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios y sus efectos en el crédito “revolving” usurario», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 40, 2021, pp. 13-37.
- MARTÍNEZ DÍAZ, Francisco Javier: «Tarjetas “revolving”: ¿Una cuestión de prueba?», *Confilegal.com*, 3 de septiembre de 2022, disponible en: <https://confilegal.com/20220901-tarjetas-revolving-una-cuestion-de-prueba/> [última consulta: 8.6.2023].
- *La nulidad por usura, análisis legislativo, jurisprudencial y doctrinal*, EOLAS ediciones, 2020.
- MÉNDEZ PLAZA, Santiago: «Una sentencia contra la usura», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, vol. 58, núm. 117, 1910, pp. 581-594.
- MOJER, Mario (trad. y notas): *La ley de las Doce Tablas*, La Pista, 1994, Argentina.
- MONSERRAT VALERO, A.: «Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2011, pp. 147-164.
- MUÑOZ DELGADO, Carmen: «Futuro del crédito revolvente tras la última jurisprudencia y la entrada en vigor de la Orden ETD 699/2020», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 4, 2022, pp. 203-218.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia: *La prestación de intereses*, MC Graw Hill, 1999.
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier: «Crédito “revolving”: usura y abusividad (una necesaria delimitación conceptual y metodológica)», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 11, 2021 (versión digital).
- PALOMO, Luis: *Ley contra la usura*, Librería de Fernando Fe, Madrid, 1908.
- REYNER SERRÀ, Josep: «El crédito “revolving” con o sin tarjeta asociada. Diferencias y similitudes entre sí y con otras operaciones de crédito al consumo», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 7, vLex, 2020, pp. 40-46.
- «El crédito “revolving” y su precio», *Revista de Derecho vLex*, núm. 158, julio 2017 (versión digital).
- ROCA TRÍAS, Encarna: «Compraventa a carta de gracia, usura y criterio “ad valorem”», *Poder Judicial*, núm. 15, 1989.
- RODA GARCÍA, Luis, y GARCÍA-BARAGAÑO RODA, Guillermo: «La desnaturalización del concepto de usura en la jurisprudencia», *Diario la Ley*, núm. 9432, Sección Doctrina, 2019 (versión digital).
- RODRÍGUEZ MARTÍN, Antonio: *Represión de la usura*, Reus, 1923.
- ROSA DÍAZ, Pelayo: «Aspectos del préstamo con interés en Derecho romano», en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Llamas Pombo, E. (Coord.), Ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 501-508.
- RUIZ ARRANZ, Antonio: «Una nueva concepción para la usura: presupuestos y restitución», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1, 2021, pp. 181-242.
- SABATER BAYLE, Elsa: «Créditos revolving e intereses usurarios», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 7, vLex, 2020, pp. 72-88.
- *Préstamo con intereses, usura y cláusulas de estabilización*, Editorial Aranzadi, 1986.

- SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María: «De nuevo sobre las tarjetas de crédito vs créditos “revolving”», *Diario La Ley*, núm. 9394, Sección Tribuna, 2019 (versión digital).
- «¿Debe aplicarse la Ley de represión de la usura a las tarjetas “revolving”?», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 7, vLex, 2020, pp. 8-18.
 - «Análisis de las recientes sentencias de la Sala 1.^a del TS sobre el crédito “revolving”», *Diario La Ley*, núm. 10160, 2022 (versión digital).
 - «Comentarios a la sentencia de la Sala 1.^a del TS de 4 de octubre de 2022 sobre el crédito “revolving”», *Revista de Derecho vLex*, núm. 221, 2022 (versión digital).
 - «La Sala 1.^a del TS dicta la sentencia de 4 de mayo de 2022, precisando su doctrina jurisprudencial y zanja lo que debe considerarse por interés notablemente superior al normal del dinero en un crédito “revolving”», *Revista de Derecho vLex*, núm. 216, 2022 (versión digital).
 - «La sentencia de la Sala 1.^a del TS de 4 de mayo de 2022 y la nota del Gabinete Técnico de la Sala 1.^a sobre el crédito», *CGAE*, mayo 2022. disponible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/la-sentencia-de-la-sala-1a-del-ts-de-4-de-mayo-de-2022-y-la-nota-del-gabinete-tecnico-de-la-sala-1a-sobre-el-credito-revolving/> [última consulta: 8.6.2023].
- VALLÉS Y PUJALS, Joan: *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Bosch, 1933.
- VÁZQUEZ CASTRO, Eduardo: «Los créditos rotativos o “revolving”, control de transparencia, abusividad y carácter usurario», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 7, vLex, 2020, pp. 47-73.
- VIZCARRO, Fernando: *El préstamo usurario*, Colección Nereo, Barcelona, 1963.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 21 de octubre de 1911.
- STS de 12 de junio de 1912.
- STS de 4 de enero de 1913.
- STS de 8 de febrero de 1913.
- STS de 19 de febrero de 1913.
- STS de 26 de junio de 1916.
- STS de 12 de junio de 1918.
- STS de 14 de junio de 1920.
- STS de 8 de junio de 1927.
- STS de 2 de enero de 1928.
- STS de 29 de febrero de 1928.
- STS de 29 de marzo de 1930.
- STS de 22 de enero de 1931.

STS de 20 de marzo de 1931.
STS de 9 de enero de 1933.
STS de 23 de abril de 1934.
STS de 10 de junio de 1940.
STS de 29 de diciembre de 1942.
STS de 24 de marzo de 1942.
STS de 6 de julio de 1942.
STS de 12 de julio de 1943.
STS de 14 de diciembre de 1949.
STS de 18 de junio de 1945.
STS de 17 de diciembre de 1945.
STS de 10 de junio de 1952.
STS de 5 de diciembre de 1953.
STS de 5 de noviembre de 1955.
STS de 26 de febrero de 1957.
STS de 13 de diciembre de 1958.
STS de 12 de marzo de 1958.
STS de 27 de octubre de 1960.
STS de 6 de abril de 1963.
STS de 14 de abril de 1966.
STS de 24 de mayo de 1969.
STS de 14 de junio de 1984 (RJ 1984/3239).
STS de 30 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9713).
STS de 8 de julio de 1988 (RJ 1988/5589).
STS de 7 de febrero de 1989 (RJ 1989/754).
STS de 7 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6383).
STS de 30 de enero de 1990 (RJ 1990/103).
STS de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/666).
STS de 12 de julio de 1990 (RJ 1990/5857).
STS de 7 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8531).
STS de 18 de febrero de 1991 (RJ 1991/1449).
STS de 24 de febrero de 1992 (RJ 1992/1513).
STS de 10 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10135).
STS de 29 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7330).
STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994/7459).
STS de 27 de mayo de 1997 (RJ 1997/4126).
STS de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998/1267).

STS de 30 de junio de 1998 (RJ 1998/5294).
STS de 20 de junio de 2001 (RJ 2001/4346).
STS de 12 de julio de 2001 (RJ 2001/5164).
STS de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001/7141).
STS de 10 noviembre de 2001 (RJ 2001/9442).
STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/2879).
STS de 7 de mayo de 2002 (RJ 2002/4045).
STS de 23 de marzo de 2004 (RJ 2004/2289).
STS de 23 febrero de 2006 (RJ 2006/5792).
STS de 15 julio de 2008 (RJ 2008/3365).
STS de 14 de julio de 2009 (RJ 2009/4467).
STS de 23 de noviembre de 2009 (RJ 2010/140).
STS de 26 de octubre de 2011 (RJ 2012/1126).
TS de 23 de noviembre de 2011 (RJ 2012/569).
STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/8857).
STS de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/1609).
STS de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013/2280).
STS de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6872).
STS de 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5001).
STS de 4 de marzo de 2020 (RJ 2020/407).
STS de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022/2373).
STS de 4 de octubre de 2022 (RJ 2022/4237).
STS de 13 de octubre de 2022 (RJ 2022/4463).
STS de 15 de febrero de 2023 (RJ 2023/1105).
STS de 28 de febrero de 2023 (RJ 2023/1280).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Albacete de 25 de septiembre de 2018 (JUR 2019/92791).
SAP de Alicante de 20 de abril de 2018 (JUR 2018/171636).
SAP de Asturias de 26 de enero de 2018 (JUR 2018/64814).
SAP de Asturias de 14 de diciembre de 2018 (JUR 2019/37097).
SAP de Asturias de 12 de febrero de 2019 (JUR 2019/88486).
SAP de Asturias de 19 de septiembre de 2019 (JUR 2019/286727).
SAP de Asturias de 3 de octubre de 2019 (JUR 2019/308825).
SAP de Asturias de 4 de octubre de 2019 (JUR 2019/309250).

SAP de Asturias de 10 de octubre de 2019 (JUR 2019/308781).
SAP de Asturias de 11 de octubre de 2019 (JUR 2019/318143).
SAP de Ávila de 4 de noviembre de 2019 (JUR 2019/339195).
SAP de Badajoz de 28 de octubre de 2019 (JUR 2019/323939).
SAP de Badajoz de 5 de noviembre de 2019 (JUR 2019/338363).
SAP de Barcelona de 6 de septiembre de 2013 (AC 2013/1832).
SAP de Barcelona de 8 de marzo de 2018 (JUR 2018/93390).
SAP de Barcelona de 8 de marzo de 2018 (JUR 2018/92809).
SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2019 (JUR 2019/310546).
SAP de Barcelona de 5 de noviembre de 2019 (JUR 2019/317152).
SAP de Barcelona de 7 de noviembre de 2019 (JUR 2019/328113).
SAP de Barcelona de 12 de noviembre de 2019 (JUR 2019/312257).
SAP de Cantabria de 12 de abril de 2018 (JUR 2018/103296).
SAP de Cantabria de 2 de julio de 2018 (JUR 2022/315122).
SAP de Cantabria de 9 de julio de 2019 (JUR 2020/28794).
SAP de A Coruña de 31 de enero de 2019 (JUR 2019/69495).
SAP de Granada de 25 de mayo de 2018 (JUR 2018/259729).
SAP de Huelva de 21 de febrero de 2019 (JUR 2019/150203).
SAP de Islas Baleares de 29 de octubre de 2019 (JUR 2019/324055).
SAP de Islas Baleares de 5 de noviembre de 2019 (JUR 2019/339342).
SAP de León de 9 de marzo de 2018 (JUR 2018/131234).
SAP de Madrid de 24 de noviembre de 2017 (JUR 2018/2914).
SAP de Madrid de 7 de marzo de 2018 (JUR 2018/108519).
SAP de Pontevedra de 15 de diciembre de 2017 (JUR 2018/30199).
SAP de Salamanca de 31 de octubre de 2019 (JUR 2019/338870).
SAP de Valencia de 2 de julio de 2019 (JUR 2019/283328).
SAP de Vizcaya de 13 de marzo de 2018 (JUR 2018/194908).

Anexo I. TAE de las tarjetas de crédito en 2023

Tarjetas de crédito de BBVA: «Aqua Más»¹²⁸ cuya TAE máxima es del 25,78% y prevé una modalidad de pago personalizado no *revolving*, cuya TAE asciende a 37,12%; y «Aqua Máxima»¹²⁹ con una TAE del 29,12%.

¹²⁸ Disponible en: <https://www.bbva.es/personas/productos/tarjetas/tarjeta-credito-aqua.html> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹²⁹ Que prevé una modalidad de pago personalizado no *revolving*, cuya TAE asciende a 47,47%. Disponible en: <https://www.bbva.es/personas/productos/tarjetas/tarjeta-maxima.html> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

Tarjeta de crédito de Banco Santander: «Crédito Santander», cuya TAE asciende al 19,56%¹³⁰.

Tarjetas de crédito de Kutxabank: «Visa Oro», con una TAE del 28,71%¹³¹; «Visa Dual», con una TAE del 26,36%¹³²; «Visa Dual K26», cuya TAE asciende al 19,99%¹³³; «Visa Dual K26+», con una TAE del 23,49%¹³⁴, y «Visa Classic», con una TAE del 26,36%¹³⁵.

Tarjetas de crédito de Ibercaja: «Universal +7», con una TAE del 19,60%¹³⁶; «Universal», con una TAE del 25,61%¹³⁷; «Dual», con una TAE máxima del 19,60%¹³⁸; «Premium», con una TAE de hasta el 30,197%¹³⁹; «Premium Plus», con una TAE máxima de 31,542%¹⁴⁰; «Premium Class» cuya TAE máxima es de 35,364%¹⁴¹; «Joven Visa +ONE», con una TAE del 19,857%¹⁴², y «Visa Dorada Ibercaja», con una TAE del 23,76%¹⁴³.

¹³⁰ Disponible en: <https://www.bancosantander.es/particulares/cuentas-tarjetas/tarjetas/credito> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹³¹ Disponible en el apartado «¿Cómo puedo pagar mis compras con la Visa Oro?», en: <https://portal.kutxabank.es/cs/Satellite/kb/es/particulares/productos/tarjetas-3/visa-oro-0/pys> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹³² Disponible en el apartado «¿Cómo puedo pagar mis compras con la Visa Oro?», en: <https://portal.kutxabank.es/cs/Satellite/kb/es/particulares/productos/tarjetas-3/visa-dual/pys> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹³³ Disponible en el apartado «¿Cómo puedo pagar mis compras con la Visa Oro?», en: <https://portal.kutxabank.es/cs/Satellite/kb/es/jovenes/visa-k26> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹³⁴ Disponible en el apartado «¿Cómo puedo pagar mis compras con la Visa Oro?», en: <https://portal.kutxabank.es/cs/Satellite/kb/es/jovenes/visa-k26-0> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹³⁵ Disponible en el apartado «¿Cómo puedo pagar mis compras con la Visa Oro?», en: <https://portal.kutxabank.es/cs/Satellite/kb/es/particulares/productos/tarjetas-3/visa-classic/pys> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹³⁶ Disponible en: <https://www3.ibercajadirecto.com/htmanuncio/dc957032a.pdf> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹³⁷ Disponible en: <https://www3.ibercajadirecto.com/htmanuncio/dc957032a.pdf> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹³⁸ Disponible en: <https://www3.ibercajadirecto.com/htmanuncio/dc957331a.pdf> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹³⁹ Disponible en: <https://www3.ibercajadirecto.com/htmanuncio/dc957336a.pdf> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁴⁰ Disponible en: <https://www3.ibercajadirecto.com/htmanuncio/dc957329a.pdf> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁴¹ Disponible en: <https://www3.ibercajadirecto.com/htmanuncio/dc958145a.pdf> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁴² Disponible en: <https://www3.ibercajadirecto.com/htmanuncio/dc957337a.pdf> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁴³ Disponible en: <https://www3.ibercajadirecto.com/htmanuncio/dc957334a.pdf> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

Tarjetas de crédito de Unicaja Banco: «Mastercard Crédito», con una TAE del 27%¹⁴⁴; «Mastercard Fit», con una TAE del 16,52%¹⁴⁵, y «Mastercard Crédito Joven», con una TAE del 23,83%¹⁴⁶.

Tarjetas de crédito de Abanca: «Visa Tú», con una TAE de hasta el 31,97%¹⁴⁷; «Visa Proyecta», con una TAE del 12%¹⁴⁸, y «Visa Oro», con una TAE del 22,45%¹⁴⁹.

Tarjetas de Caixabank: «MyCard»¹⁵⁰ y «Visa & Go»¹⁵¹, ambas al 22,42% TAE.

Tarjetas de crédito de Banco Sabadell: «Classic»¹⁵² y «Oro»¹⁵³, ambas con una TAE del 19,56%, y la tarjeta «Platinum»¹⁵⁴, al 10,03% TAE.

¹⁴⁴ Disponible en: <https://www.unicajabanco.es/es/particulares/cuentas-y-tarjetas/tarjetas-de-credito/tarjeta-mastercard-credito-contactless#condiciones> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁴⁵ Disponible en: <https://www.unicajabanco.es/es/particulares/cuentas-y-tarjetas/tarjetas-de-credito/tarjeta-mastercard-fit> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁴⁶ Disponible en: <https://www.unicajabanco.es/es/particulares/cuentas-y-tarjetas/tarjetas-de-credito/tarjeta-mastercard-credito-joven-contactless> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁴⁷ Disponible en: <https://www.abanca.com/files/documents/es-tarjetas-ine-tarjeta-tu-97944cb5.pdf> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁴⁸ Disponible en: <https://www.abanca.com/files/documents/ine-visa-proyecta-45eb265c.pdf> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁴⁹ Disponible en: <https://www.abanca.com/files/documents/ine-visa-oro-35462b54.pdf> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁵⁰ Disponible en: <https://www.caixabank.es/particular/tarjetas/mycard.html> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁵¹ Disponible en: <https://www.caixabank.es/particular/tarjetas/tarjeta-visa-go.html> (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁵² Disponible en: https://www.bancsabadell.com/cs/Satellite?blobcol=urldataa&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInformacion_Previa_Contratacion_VISA_CLAS-SIC_Octubre_220621_ES.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=8000843426393&bsb=R0JT_X011bHRpbWVkaWFfRkEtNjAwMDA0NzUzMzA5Mi0xMTgzMDE1NjQwMzU1&ssbinary=true (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁵³ Disponible en: https://www.bancsabadell.com/cs/Satellite?blobcol=urldataa&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInformacion_Previa_Contratacion_VISA_Oro_220621_ES.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=8000843432979&bsb=R0JT_X011bHRpbWVkaWFfRkEtNjAwMDA0ODEwNDM5Ni0xMTgzMDE1NjQwMzU1&ssbinary=true (última consulta: 30 de mayo de 2023).

¹⁵⁴ Disponible en: https://www.bancsabadell.com/cs/Satellite?blobcol=urldataa&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInformacion_Previa_Contratacion_VISA_Mastercard_Platinum_220621_ES.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=8000843432915&bsb=R0JT_X011bHRpbWVkaWFfRkEtNjAwMDA0ODEwMjc3Mi0xMTgzMDE1NjQwMzU1&ssbinary=true (última consulta: 30 de mayo de 2023).

Anexo II. Comparativa TAE de tarjetas de crédito aportada por la defensa letrada de Estrella Receivables LTD

BANCO DE ESPAÑA
Eurosistema

Tipos de interés y comisiones aplicados a los servicios bancarios

Servicios financieros más frecuentes Descubiertos y excedidos fáciles Comisiones de Cuentas de Pago

Inicio > Servicios financieros más frecuentes > Comparación entre entidades: resultado

Comparación entre entidades: resultado Volver

Criterios de selección (sobre servicios financieros más frecuentes)

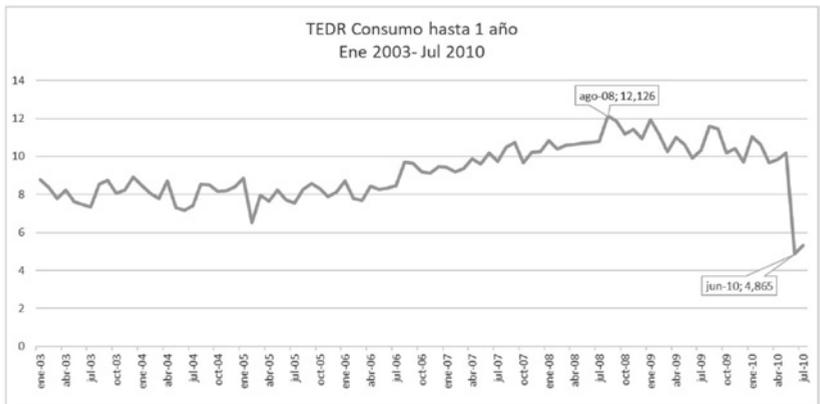
Trimestre: 2014/3 Entidades: (A) 1543 COFIDIS, S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA
(B) 8776 CAXIBANK PAYMENTS & CONSUMER, EFC, ER, S.A.
(C) 0225 BANCO CELEM, S.A.
(D) 8236 SANTANDER CONSUMER, E.F.C., S.A.
(E) 0229 WIZINK BANK, S.A.

Resultado de la comparación

Servicio financiero	Concepto	Entidad A	Entidad B	Entidad C	Entidad D	Entidad E
Facilidad de crédito de hasta 4.000 euros en tarjeta de crédito cuya contratación no esté vinculada a la adquisición de bienes de consumo	Tipo de interés anual modal(%)	22,12	23,04	19,90	18,00	26,86
	Comisión apertura, emisión o mantenimiento (euros)	0,00	0,00	20,00	0,00	0,00
	Comisión apertura, emisión o mantenimiento(%)	0,00	0,00	2,00	0,00	0,00
	TAE(%)	24,51	25,59	21,82	9,56	27,82
	Comisión anual de renovación o mantenimiento (euros)	0,00	0,00	24,00	0,00	9,00
	Comisión por disposición de la facilidad crediticia en cajeros de la entidad(%)	0,00	0,00	0,00	0,00	3,00
	Recargo aplicable a excedidos	0,00	0,00	0,00	0,00	1,90
	Necesario seguro garantía de pago deuda pendiente	SI	SI	SI	*	*

<< < (8 registros) Página 1 de 1 > >> (*) No practicado

Anexo III. Evolución TEDR en préstamos al consumo hasta un año entre enero de 2003 y julio de 2010



Anexo IV. Comparativa TAE y TEDR según las tablas estadísticas 19.6 y 19.4 del BdE

Descripción de la serie — Descripción de las unidades Frecuencia	Crédito al consumo (tabla 19.6) TAE — Porcentaje mensual	Crédito al consumo (tabla 19.4) TEDR — Porcentaje mensual	Diferencia
ENE 2003	8,9060	8,2360	0,6700
FEB 2003	8,7620	8,0550	0,7070
MAR 2003	8,2130	7,5800	0,6330
ABR 2003	8,5800	7,8740	0,7060
MAY 2003	8,2430	7,5410	0,7020
JUN 2003	8,1850	7,4430	0,7420
JUL 2003	7,9260	7,2360	0,6900
AGO 2003	8,6310	7,9370	0,6940
SEP 2003	8,6880	7,9750	0,7130
OCT 2003	8,2370	7,5580	0,6790
NOV 2003	8,3080	7,6580	0,6500
DIC 2003	8,6210	7,9860	0,6350
ENE 2004	8,4520	7,8060	0,6460
FEB 2004	8,2090	7,5430	0,6660
MAR 2004	8,0790	7,3950	0,6840
ABR 2004	8,5340	7,8450	0,6890
MAY 2004	7,9470	7,2180	0,7290
JUN 2004	7,8420	7,1060	0,7360
JUL 2004	7,9310	7,2740	0,6570
AGO 2004	8,6330	7,9790	0,6540
SEP 2004	8,6520	7,9330	0,7190
OCT 2004	8,3700	7,6790	0,6910
NOV 2004	8,3260	7,6920	0,6340
DIC 2004	8,4190	7,7980	0,6210
ENE 2005	8,7510	8,1300	0,6210
FEB 2005	7,3430	6,8010	0,5420
MAR 2005	8,1900	7,5600	0,6300
ABR 2005	8,1070	7,4380	0,6690
MAY 2005	8,3500	7,7450	0,6050
JUN 2005	8,0470	7,4060	0,6410

Descripción de la serie — Descripción de las uni- dades Frecuencia	Crédito al consumo (tabla 19.6) TAE — Porcentaje mensual	Crédito al consumo (tabla 19.4) TEDR — Porcentaje mensual	Diferencia
JUL 2005	7,9850	7,3150	0,6700
AGO 2005	8,4650	7,8240	0,6410
SEP 2005	8,4990	7,8840	0,6150
OCT 2005	8,4230	7,8540	0,5690
NOV 2005	8,1310	7,5600	0,5710
DIC 2005	8,3430	7,7730	0,5700
ENE 2006	8,6820	8,1090	0,5730
FEB 2006	8,1820	7,6040	0,5780
MAR 2006	8,1730	7,5740	0,5990
ABR 2006	8,7470	8,2030	0,5440
MAY 2006	8,6390	8,0830	0,5560
JUN 2006	8,6970	8,0610	0,6360
JUL 2006	8,7040	8,1290	0,5750
AGO 2006	9,4920	8,8810	0,6110
SEP 2006	9,4010	8,8170	0,5840
OCT 2006	9,2030	8,6740	0,5290
NOV 2006	9,1740	8,5810	0,5930
DIC 2006	9,4060	8,8380	0,5680
ENE 2007	9,4660	8,9040	0,5620
FEB 2007	9,3780	8,7780	0,6000
MAR 2007	9,3630	8,7820	0,5810
ABR 2007	9,5370	8,9830	0,5540
MAY 2007	9,5940	9,0160	0,5780
JUN 2007	9,8010	9,2320	0,5690
JUL 2007	9,6380	9,0060	0,6320
AGO 2007	10,1150	9,5160	0,5990
SEP 2007	10,2760	9,6890	0,5870
OCT 2007	9,7830	9,1980	0,5850
NOV 2007	10,1500	9,5560	0,5940
DIC 2007	10,0730	9,5260	0,5470
ENE 2008	10,5530	9,9630	0,5900
FEB 2008	10,4810	9,7670	0,7140
MAR 2008	10,4840	9,8340	0,6500

Descripción de la serie — Descripción de las uni- dades Frecuencia	Crédito al consumo (tabla 19.6) TAE — Porcentaje mensual	Crédito al consumo (tabla 19.4) TEDR — Porcentaje mensual	Diferencia
ABR 2008	10,4820	9,8230	0,6590
MAY 2008	10,5410	9,9810	0,5600
JUN 2008	10,7450	10,0880	0,6570
JUL 2008	10,6560	10,0020	0,6540
AGO 2008	11,7230	11,1470	0,5760
SEP 2008	11,5130	10,9560	0,5570
OCT 2008	11,2250	10,6760	0,5490
NOV 2008	11,3460	10,8270	0,5190
DIC 2008	10,9950	10,4830	0,5120
ENE 2009	11,5540	11,0770	0,4770
FEB 2009	10,8000	10,2690	0,5310
MAR 2009	10,2510	9,7320	0,5190
ABR 2009	10,6060	10,1410	0,4650
MAY 2009	10,3100	9,8880	0,4220
JUN 2009	10,1540	9,6190	0,5350
JUL 2009	10,3370	9,8560	0,4810
AGO 2009	11,1650	10,7040	0,4610
SEP 2009	11,0200	10,5270	0,4930
OCT 2009	10,2070	9,7620	0,4450
NOV 2009	10,1740	9,7020	0,4720
DIC 2009	9,7220	9,2770	0,4450
ENE 2010	10,5860	10,1530	0,4330
FEB 2010	10,2170	9,7350	0,4820
MAR 2010	9,6010	9,1620	0,4390
ABR 2010	9,6650	9,2510	0,4140
MAY 2010	9,7680	9,3020	0,4660
JUN 2010	7,3290	6,7010	0,6280
JUL 2010	7,4870	6,9220	0,5650
AGO 2010	7,7500	7,1070	0,6430
SEP 2010	7,8790	7,2310	0,6480
OCT 2010	7,8260	7,1150	0,7110
NOV 2010	7,7660	7,1920	0,5740
DIC 2010	7,4720	6,9230	0,5490

Descripción de la serie — Descripción de las uni- dades Frecuencia	Crédito al consumo (tabla 19.6) TAE — Porcentaje mensual	Crédito al consumo (tabla 19.4) TEDR — Porcentaje mensual	Diferencia
ENE 2011	8,3010	7,6910	0,6100
FEB 2011	8,5500	7,8910	0,6590
MAR 2011	8,4880	7,8510	0,6370
ABR 2011	8,2690	7,5360	0,7330
MAY 2011	8,4680	7,9390	0,5290
JUN 2011	7,8850	7,3550	0,5300
JUL 2011	8,4800	7,8990	0,5810
AGO 2011	8,6920	8,1300	0,5620
SEP 2011	9,0540	8,5890	0,4650
OCT 2011	9,3090	8,7390	0,5700
NOV 2011	8,7410	8,2320	0,5090
DIC 2011	9,1120	8,5680	0,5440
ENE 2012	10,0700	9,5650	0,5050
FEB 2012	9,7710	9,2390	0,5320
MAR 2012	9,3730	8,8190	0,5540
ABR 2012	9,1310	8,6440	0,4870
MAY 2012	9,0800	8,5650	0,5150
JUN 2012	8,0040	7,5910	0,4130
JUL 2012	8,9920	8,5340	0,4580
AGO 2012	9,3490	8,8640	0,4850
SEP 2012	9,3420	8,7440	0,5980
OCT 2012	9,1090	8,5600	0,5490
NOV 2012	8,9450	8,4470	0,4980
DIC 2012	8,3150	7,7620	0,5530
ENE 2013	9,4330	8,8230	0,6100
FEB 2013	9,5680	8,9810	0,5870
MAR 2013	9,5680	8,9610	0,6070
ABR 2013	9,5940	8,9180	0,6760
MAY 2013	9,5970	9,0290	0,5680
JUN 2013	9,4950	8,7280	0,7670
JUL 2013	9,8230	9,2290	0,5940
AGO 2013	10,0610	9,4610	0,6000
SEP 2013	9,9280	9,2190	0,7090

Descripción de la serie — Descripción de las unidades Frecuencia	Crédito al consumo (tabla 19.6) TAE — Porcentaje mensual	Crédito al consumo (tabla 19.4) TEDR — Porcentaje mensual	Diferencia
OCT 2013	9,8560	9,1560	0,7000
NOV 2013	9,7620	9,1360	0,6260
DIC 2013	9,5210	8,9010	0,6200
ENE 2014	9,6310	9,0080	0,6230
FEB 2014	9,9810	9,1980	0,7830
MAR 2014	9,6220	8,9270	0,6950
ABR 2014	9,6470	8,8230	0,8240
MAY 2014	9,6300	8,9370	0,6930
JUN 2014	9,4520	8,6730	0,7790
JUL 2014	9,3760	8,7140	0,6620
AGO 2014	9,8400	9,0230	0,8170
SEP 2014	9,8720	9,0850	0,7870
OCT 2014	9,8300	8,9860	0,8440
NOV 2014	9,7730	9,1070	0,6660
DIC 2014	9,1010	7,7380	1,3630
ENE 2015	9,4050	8,1380	1,2670
FEB 2015	9,6560	8,2120	1,4440
MAR 2015	8,9940	7,9240	1,0700
ABR 2015	8,9230	7,8140	1,1090
MAY 2015	9,0380	7,9590	1,0790
JUN 2015	8,8560	7,7830	1,0730
JUL 2015	9,0910	8,0040	1,0870
AGO 2015	9,3710	8,2210	1,1500
SEP 2015	9,1850	8,2140	0,9710
OCT 2015	9,0470	8,0780	0,9690
NOV 2015	8,6430	7,6490	0,9940
DIC 2015	8,4540	7,5550	0,8990
ENE 2016	9,0000	8,1430	0,8570
FEB 2016	8,6430	7,8930	0,7500
MAR 2016	8,5040	7,8870	0,6170
ABR 2016	8,0150	7,4360	0,5790
MAY 2016	8,2790	7,6470	0,6320
JUN 2016	8,2770	7,6650	0,6120

Descripción de la serie — Descripción de las uni- dades Frecuencia	Crédito al consumo (tabla 19.6) TAE — Porcentaje mensual	Crédito al consumo (tabla 19.4) TEDR — Porcentaje mensual	Diferencia
JUL 2016	8,6180	8,0540	0,5640
AGO 2016	8,7910	8,1060	0,6850
SEP 2016	8,6660	7,9790	0,6870
OCT 2016	8,5300	7,7040	0,8260
NOV 2016	7,7930	7,0100	0,7830
DIC 2016	8,0550	7,1230	0,9320
ENE 2017	8,6730	7,7190	0,9540
FEB 2017	8,8570	7,7700	1,0870
MAR 2017	9,0250	7,8540	1,1710
ABR 2017	8,5930	7,5820	1,0110
MAY 2017	8,7470	7,6840	1,0630
JUN 2017	8,3730	7,3530	1,0200
JUL 2017	8,5760	7,5070	1,0690
AGO 2017	8,7340	7,6680	1,0660
SEP 2017	8,8270	7,8180	1,0090
OCT 2017	8,8510	7,7940	1,0570
NOV 2017	8,0570	7,0660	0,9910
DIC 2017	8,2670	7,2440	1,0230
ENE 2018	8,7600	7,7190	1,0410
FEB 2018	8,4840	7,3010	1,1830
MAR 2018	8,6980	7,6290	1,0690
ABR 2018	9,0670	7,8620	1,2050
MAY 2018	8,9720	7,7190	1,2530
JUN 2018	8,4550	7,1160	1,3390
JUL 2018	8,7160	7,3780	1,3380
AGO 2018	9,0390	7,5600	1,4790
SEP 2018	8,7210	7,5300	1,1910
OCT 2018	8,8170	7,5840	1,2330
NOV 2018	8,0920	6,7520	1,3400
DIC 2018	8,3150	6,9190	1,3960
ENE 2019	8,7050	7,4360	1,2690
FEB 2019	8,6190	7,2160	1,4030
MAR 2019	8,5590	7,4330	1,1260

Descripción de la serie — Descripción de las unidades Frecuencia	Crédito al consumo (tabla 19.6) TAE — Porcentaje mensual	Crédito al consumo (tabla 19.4) TEDR — Porcentaje mensual	Diferencia
ABR 2019	8,3800	7,3180	1,0620
MAY 2019	8,5580	7,4790	1,0790
JUN 2019	8,1820	7,0660	1,1160
JUL 2019	8,3190	7,2710	1,0480
AGO 2019	8,5300	7,4080	1,1220
SEP 2019	8,3510	7,3570	0,9940
OCT 2019	8,3420	7,2670	1,0750
NOV 2019	7,5600	6,4220	1,1380
DIC 2019	7,9140	6,6610	1,2530
ENE 2020	8,4090	7,2910	1,1180
FEB 2020	8,0430	6,8400	1,2030
MAR 2020	7,9320	7,0300	0,9020
ABR 2020	7,4100	6,4500	0,9600
MAY 2020	7,4390	6,4820	0,9570
JUN 2020	7,6380	6,6410	0,9970
JUL 2020	8,0120	6,9550	1,0570
AGO 2020	8,2000	7,0290	1,1710
SEP 2020	7,7820	6,7290	1,0530
OCT 2020	7,5230	6,4800	1,0430
NOV 2020	6,9760	5,8240	1,1520
DIC 2020	7,5720	6,3180	1,2540
ENE 2021	7,5190	6,4260	1,0930
FEB 2021	7,5400	6,3460	1,1940
MAR 2021	7,5220	6,5390	0,9830
ABR 2021	7,6460	6,6780	0,9680
MAY 2021	7,5960	6,6800	0,9160
JUN 2021	7,5910	6,6110	0,9800
JUL 2021	7,7510	6,7610	0,9900
AGO 2021	8,1990	7,0690	1,1300
SEP 2021	7,6450	6,6750	0,9700
OCT 2021	7,2950	6,3410	0,9540
NOV 2021	6,8720	5,6940	1,1780
DIC 2021	7,3040	6,0960	1,2080

Descripción de la serie — Descripción de las unidades Frecuencia	Crédito al consumo (tabla 19.6) TAE — Porcentaje mensual	Crédito al consumo (tabla 19.4) TEDR — Porcentaje mensual	Diferencia
ENE 2022	7,6570	6,6020	1,0550
FEB 2022	7,4890	6,2730	1,2160
MAR 2022	7,5680	6,5530	1,0150
ABR 2022	7,7260	6,6510	1,0750
MAY 2022	7,6940	6,6440	1,0500
JUN 2022	7,6730	6,5890	1,0840
JUL 2022	7,9360	6,8220	1,1140
AGO 2022	8,2580	7,0920	1,1660
SEP 2022	8,0140	7,0050	1,0090
OCT 2022	8,3410	7,2460	1,0950
NOV 2022	8,1020	6,8930	1,2090
DIC 2022	8,4350	7,1250	1,3100
ENE 2023	8,9070	7,6710	1,2360
FUENTE	-	Media:	0,7899
NOTAS	-	-	

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. Marcas, Dibujos y Modelos. Protección Intelectual. Protección de Datos Personales. Responsabilidad Civil y Seguros. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Derecho de Consumo. Derecho de Obligaciones y Contratos. Derecho de Familia. Derechos de las Personas con Discapacidad. Protección de Datos Personales. Responsabilidad Civil.–II. «Procedimientos Jurisdiccionales». Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Cooperación Judicial. Derecho de Consumo. Derechos de la Personalidad. Derecho de Obligaciones y Contratos. Derecho de la Competencia. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

DERECHO DE CONSUMO

- 1. Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el Reglamento (UE) núm. 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 87/357/CEE del Consejo (1), DOUE, L, núm. 135, de 23 de mayo de 2023.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

- 2. Corrección de errores del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (Versión codificada) (DO L 154 de 16 de junio de 2017), DOUE, L, núm. 183, de 20 de julio de 2023.**

PROTECCIÓN INTELECTUAL

3. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 165/2020, de 23 de octubre de 2020, por la que se modifica el anexo XVII (Propiedad intelectual) del Acuerdo EEE [2023/1740], DOUE, L, núm. 227, de 14 de septiembre de 2023.**

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

4. **Decisión núm. 253, del Consejo de Administración de la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades realizadas por la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea [2023/1585], DOUE, L, núm. 194, de 2 de agosto de 2023.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

5. **Reglamento de Ejecución (UE) 2023/894 de la Comisión, de 4 de abril de 2023, por el que se establecen normas técnicas de ejecución para la aplicación de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las plantillas para la presentación por parte de las empresas de seguros y de reaseguros a sus autoridades de supervisión de la información necesaria a efectos de su supervisión, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2450 (1), DOUE, L, núm. 120, de 5 de mayo de 2023.**
6. **Reglamento de Ejecución (UE) 2023/895 de la Comisión, de 4 de abril de 2023, por el que se establecen normas técnicas de ejecución para la aplicación de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los procedimientos, formatos y plantillas para la publicación por parte de las empresas de seguros y de reaseguros del informe sobre su situación financiera y de solvencia, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2452 (1), DOUE, L, núm. 120, de 5 de mayo de 2023.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

DERECHO DE CONSUMO

7. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos» [COM(2022) 495 final – 2022/0302 (COD)], DOUC, C, núm. 140, de 21 de abril de 2023.**
8. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes**

y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/1828 [COM(2023) 155 final – 2023/0083 (COD)], DOUE, C, núm. 293, de 18 de agosto de 2023.

DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 9. Dictamen Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 [COM(2022) 571 final – 2022/0358 (COD)], DOUE, C, núm. 146, de 27 de abril de 2023.**

DERECHO DE FAMILIA

- 10. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la “Estrategia Europea de Cuidados”» [COM(2022) 440 final], DOUE, C, núm. 140, de 21 de abril de 2023.**
- 11. Dictamen del Comité Europeo de las Regiones sobre la Estrategia Europea de Cuidados, DOUE, C, núm. 157, de 3 de mayo de 2023.**

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

- 12. Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2022, sobre la igualdad de derechos para las personas con discapacidad (2022/2026(INI)), DOUE, C, núm. 177, de 17 de mayo de 2023.**

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

- 13. Decisión núm. 20/2022 del Consejo de Administración de la ALE, de 24 de noviembre de 2022, relativa a las normas internas para limitar determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades llevadas a cabo por la Autoridad Laboral Europea, Supervisor Europeo de Protección de Datos, DOUE, C, núm. 113, de 28 de marzo de 2023.**
- 14. Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el paquete de propuestas legislativas sobre el IVA en la era digital, DOUE, C, núm. 113, de 28 de marzo de 2023.**
- 15. Resumen del dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2009/102/CE y (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la ampliación y mejora del uso de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, DOUE, C, núm. 253, de 18 de julio de 2023.**

16. **Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de los depósitos, la cooperación transfronteriza y la transparencia, DOUE, C, núm. 255, de 20 de julio de 2023.**

RESPONSABILIDAD CIVIL

17. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA)» [COM(2022) 496 final – 2022/0303 (COD)], DOUE, C, núm. 140, de 21 de abril de 2023.**

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

18. **Asunto C-774/22, FTI Touristik: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Nürnberg (Alemania) el 21 de diciembre de 2022 – JX / FTI Touristik GmbH, DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.**
19. **Asunto C-774/22, FTI Touristik: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Nürnberg (Alemania) el 21 de diciembre de 2022 – JX / FTI Touristik GmbH, DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.**
20. **Asunto C-35/23, Greiszel: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 25 de enero de 2023 – Padre / Madre, DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.**
21. **Asunto C-108/23, SmartSport Reisen: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Groß-Gerau (Alemania) el 23 de febrero de 2023 – PU / SmartSport Reisen GmbH, DOUE, C, núm. 173, de 15 de mayo de 2023.**
22. **Asunto C-81/23, FCA Italy y FPT Industrial: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 15 de febrero de 2023 – MA / FCA Italy SpA y FPT Industrial SpA, DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.**
23. **Asunto C-372/22, CM (Derecho de visita de un menor que ha cambiado de residencia): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 27 de abril de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – Luxemburgo) – CM / DN [Procedimiento prejudicial – Competencia, reconoci-**

miento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículos 9 y 15 – Mantenimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor después de que este haya cambiado de residencia – Concepto de «cambio de residencia» – Demanda de modificación de una resolución judicial relativa al derecho de visita – Cálculo del plazo en el que debe presentarse tal demanda – Remisión del asunto a un órgano jurisdiccional del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor, que está mejor situado para conocer del asunto], DOUE, C, núm. 205, de 12 de junio de 2023.

24. Asunto C-183/23, *Credit Agricole Bank Polska*: Petición de decisión prejudicial planteada por el *Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie* (Polonia) el 22 de marzo de 2023 – *Credit Agricole Bank Polska SA / AB*, DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.
25. Asunto C-222/23, *Toplofikatsia Sofia*: Petición de decisión prejudicial planteada por el *Sofiyski rayonen sad* (Bulgaria) el 7 de abril de 2023 – «*Toplofikatsia Sofia*» EAD, DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.
26. Asunto C-187/23, *Albausy*: Petición de decisión prejudicial planteada por el *Amtsgericht Lörrach* (Alemania) el 23 de marzo de 2023 – Procedimiento sucesorio P. M. J. T., Testador, DOUE, C, núm. 235, de 3 de julio de 2023.
27. Asunto C-462/22, *BM* (Residencia del demandante de divorcio): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 6 de julio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* – Alemania) – *BM / LO* [Procedimiento prejudicial – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículo 3, apartado 1, letra a), sexto guion – *Forum actoris* – Requisito – Residencia habitual del demandante en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda durante todo el plazo inmediatamente anterior a la presentación de la demanda], DOUE, C, núm. 296, de 21 de agosto de 2023.
28. Asunto C-87/22, (Traslado ilícito del menor): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 13 de julio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Landesgericht Korneuburg* – Austria) – *TT / AK* [Procedimiento prejudicial – Competencia en materia de responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículos 10 y 15 – Remisión a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado para conocer del asunto – Requisitos – Órgano jurisdiccional del Estado miembro al que el menor fue trasladado ilícitamente – Convenio de La Haya de 1980 – Interés superior del menor], DOUE, C, núm. 321, de 11 de septiembre de 2023.

COOPERACIÓN JUDICIAL

29. **Asunto C-393/21, Lufthansa Technik AERO Alzey: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de febrero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas – Lituania) – Procedimiento incoado por Lufthansa Technik AERO Alzey GmbH [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 805/2004 – Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados – Artículo 23, letra c) – Suspensión de la ejecución de una resolución certificada como título ejecutivo europeo – Circunstancias excepcionales – Concepto], DOUE, C, núm. 127, de 11 de abril de 2023.**
30. **Asunto C-638/22 PPU, Rzecznik Praw Dziecka y otros (Suspensión de la resolución de restitución): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de febrero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Apelacyjny w Warszawie – Polonia) – T. C., Rzecznik Praw Dziecka, Prokurator Generalny [Procedimiento prejudicial – Procedimiento prejudicial de urgencia – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Sustracción internacional de menores – Convenio de La Haya de 1980 – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículo 11 – Solicitud de restitución de un menor – Resolución firme que ordena la restitución de un menor – Normativa de un Estado miembro que prevé la suspensión de pleno Derecho de la ejecución de esa resolución cuando lo soliciten determinadas autoridades nacionales], DOUE, C, núm. 127, de 11 de abril de 2023.**
31. **Asunto C-354/21, Registrų centras: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos vyriausiasis administracinis teisma – Lituania) – R. J. R. / Registrų centras VĮ [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Certificado sucesorio europeo – Reglamento (UE) núm. 650/2012 – Artículo 1, apartado 2, letra l) – Ámbito de aplicación – Artículo 68 – Contenido del certificado sucesorio europeo – Artículo 69, apartado 5 – Efectos del certificado sucesorio europeo – Bien sucesorio inmueble situado en un Estado miembro distinto del Estado miembro de la sucesión – Inscripción de ese bien inmueble en el Registro de la Propiedad de aquel Estado miembro – Requisitos legales relativos a esta inscripción establecidos por el Derecho del citado Estado miembro – Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1329/2014 – Carácter obligatorio del formulario V que figura en el anexo 5 de este Reglamento de Ejecución], DOUE, C, núm. 155, de 2 de mayo de 2023.**
32. **Asunto C-88/23, Parfümerie Akzente: Petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (Suecia) el 15 de febrero de 2023 – Parfümerie Akzente GmbH / KTF Organisation AB, DOUE, C, núm. 155, de 2 de mayo de 2023.**

33. **Asunto C-177/22, Wurth Automotive: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 9 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Salzburg – Austria) – JA / Wurth Automotive GmbH [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores – Concepto de «consumidor» – Comportamiento de la persona que reivindica la condición de consumidor que puede causar la impresión a la otra parte contratante de que actúa con fines profesionales], DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.**
34. **Asunto C-651/21, M. Ya. M. (Renuncia a la herencia por un coheredero): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 30 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad – Bulgaria) – Procedimiento incoado por M. Ya. M. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Medidas relativas al Derecho de sucesiones – Reglamento (UE) núm. 650/2012 – Artículo 13 – Declaración relativa a la renuncia a una herencia efectuada por un heredero ante el tribunal del Estado miembro de su residencia habitual – Inscripción ulterior, a solicitud de otro heredero, de dicha declaración en el registro de otro Estado miembro], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.**
35. **Asunto C-343/22, PT (Requerimiento de pago suizo): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 30 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – PT / VB (Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Convenio de Lugano II – Procedimiento de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales – Artículo 34, punto 2 – Cédula de emplazamiento en el Estado de origen – Notificación de forma regular de un requerimiento de pago seguida de una entrega de forma irregular de un escrito de demanda de una acción de reclamación de Derecho suizo), DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.**
36. **Asunto C-291/21, Starkinvest: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de abril de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de première instance de Liège – Bélgica) – Procedimiento incoado por Starkinvest SRL [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 655/2014 – Procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas – Requisitos para dictar tal orden – Artículo 4 – Concepto de «resolución judicial» – Artículo 7 – Concepto de «resolución judicial por la que se exija al deudor el pago de la deuda» – Resolución judicial que condena a un deudor al pago de una multa coercitiva en caso de incumplimiento de una orden de cese – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 55 – Ámbito de aplicación], DOUE, C, núm. 205, de 12 de junio de 2023.**
37. **Asunto C-352/21, A1 y A2 (Seguro de una embarcación de recreo): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 27 de abril**

de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Østre Landsret – Dinamarca) – A1, A2 / I [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Reglas de competencia en materia de seguros – Artículo 15, punto 5 – Posibilidad de establecer excepciones a estas reglas de competencia mediante acuerdos – Artículo 16, punto 5 – Directiva 2009/138/CE – Artículo 13, punto 27 – Concepto de «grandes riesgos» – Contrato de seguro de casco – Cláusula atributiva de competencia acordada entre el asegurador y el asegurado – Oponibilidad de dicha cláusula al asegurado – Embarcación de recreo utilizada con fines no comerciales], DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.

38. Asunto C-264/22, Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme et d'Autres Infractions: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 17 de mayo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Lisboa – Portugal) – Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme et d'Autres Infractions (FGTI) / Victoria Seguros S. A. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales – Reglamento (CE) núm. 864/2007 – Artículo 4, apartado 1 – Artículo 15, letra h) – Artículo 19 – Accidente causado por una embarcación en un Estado miembro – Indemnización de la víctima de dicho accidente – Subrogación con arreglo al Derecho de otro Estado miembro – Solicitud de reembolso por el tercero subrogado – Ley aplicable – Prescripción], DOUE, C, núm. 235, de 3 de julio de 2023.
39. Asunto C-567/21, BNP Paribas: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 8 de junio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – BNP Paribas SA / TR [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículos 33 y 36 – Reconocimiento de una resolución dictada en un Estado miembro – Invocación como cuestión incidental ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro – Efectos producidos por esa resolución en el Estado de origen – Admisibilidad de una acción ejercitada en el Estado miembro requerido con posterioridad a dicha resolución – Normas de procedimiento nacionales que obligan a concentrar las pretensiones en una única instancia], DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.

DERECHO DE CONSUMO

40. Asunto C-208/21, Towarzystwo Ubezpieczeń Ż (Contratos tipo de seguro engañosos): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 2 de febrero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie – Polonia) – K. D. / Towarzystwo Ubezpieczeń Ż S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Artículo 5 – Obligación de redactar las cláusulas con-

tractuales de forma clara y comprensible – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores – Artículo 3 – Ámbito de aplicación – Artículo 7 – Omisión engañosa – Artículo 13 – Sanciones – Contratos de seguro de vida de capital variable vinculados a fondos de inversión denominados «unit-linked» – Información sobre la naturaleza y la configuración del producto de seguro, así como sobre los riesgos que conlleva dicho producto – Contratos tipo engañosos – Entidad responsable – Consecuencias jurídicas), DOUE, C, núm. 104, de 20 de marzo de 2023.

41. Asunto C-555/21, UniCredit Bank Austria: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de febrero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – UniCredit Bank Austria AG / Verein für Konsumenteninformation (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2014/17/UE – Contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial – Artículo 25, apartado 1 – Reembolso anticipado – Derecho del consumidor a una reducción del coste total del crédito que comprenderá los intereses y costes correspondientes al tiempo de contrato que quede por transcurrir – Artículo 4, punto 13 – Concepto de «coste total del crédito para el consumidor» – Gastos que no dependen de la duración del contrato), DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.
42. Asunto C-759/22, Sächsische Ärzteversorgung: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania) el 15 de diciembre de 2022 – Sächsische Ärzteversorgung / Deutsche Bundesbank, DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.
43. Asunto C-766/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht München (Alemania) el 16 de diciembre de 2022 – WD / Allane SE, DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.
44. Asunto C-724/22, Investcapital: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 2 de León (España) el 24 de noviembre de 2022 – Investcapital Ltd / G. H. R., DOUE, C, núm. 121, de 3 de abril de 2023.
45. Asunto C-565/21, Caixabank (Comisión de apertura de préstamo): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo) – Caixabank, S. A. / X (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículos 3, 4 y 5 – Contratos celebrados con consumidores – Préstamos hipotecarios – Cláusulas abusivas – Cláusula de comisión de apertura de préstamo – Pretensión de anulación de dicha cláusula y restitución de la cantidad abonada por ella – Carácter claro y comprensible de las cláusulas – Existencia de una normativa nacional específica), DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.

46. **Asunto C-6/22, M. B. y otros (Efectos de la anulación de un contrato): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 16 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie – Polonia) – M. B., U. B., M. B. / X S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Artículos 6 y 7 – Efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula – Contrato de préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera – Subsistencia del contrato sin cláusulas abusivas – Voluntad del consumidor de anular el contrato – Aplicación de la Directiva tras la anulación del contrato – Facultades del órgano jurisdiccional nacional), DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.**
47. **Asunto C-50/22, Sogefinancement: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d’appel de Paris – Francia) – Sogefinancement / RW, UV (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2008/48/CE – Contratos de crédito al consumo – Ámbito de aplicación – Derecho de desistimiento – Artículo 14, apartado 7 – Disposiciones nacionales que fijan un plazo antes de cuyo vencimiento no puede comenzar la ejecución del contrato – Normas procesales nacionales que regulan el examen de oficio y la sanción, por parte del juez nacional, de la infracción de tales disposiciones – Artículo 23 – Sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias), DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.**
48. **Asunto C-379/21, TBI Bank: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 17 de enero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad – Bulgaria) – Procedimiento seguido a instancias de TBI Bank (Procedimiento prejudicial – Artículos 53, apartado 2, y 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Crédito al consumo – Directiva 93/13/CEE – Artículo 6, apartado 1 – Cláusulas abusivas – Negativa a expedir un requerimiento de pago inmediato en caso de una pretensión basada en una cláusula abusiva – Consecuencias relacionadas con el carácter abusivo de una cláusula contractual – Instrucciones de un órgano jurisdiccional superior que no se atienen a las citadas consecuencias), DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.**
49. **Asunto C-76/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie (Polonia) el 5 de febrero de 2022 – QI / Santander Bank Polska S. A., DOUE, C, núm. 173, de 15 de mayo de 2023.**
50. **Asunto C-254/22, Caixabank: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 28 de febrero de 2023 [petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca – (Illes Balears)] – AW, PN / Caixabank S. A. [Procedimiento prejudicial – Artículos 53 y 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Directiva 2014/17/UE – Préstamo**

hipotecario – Tipo de interés variable – Cláusula que prevé la aplicación de un tipo de interés calculado a partir de un índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH) incrementado en un 0,50 % – Criterios de apreciación del carácter abusivo de tal cláusula – Exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia – Consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.

51. Asunto C-263/22, *Ocidental – Companhia Portuguesa de Seguros de Vida*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 20 de abril de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça – Portugal) – *Ocidental – Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA / LP* (Procedimiento prejudicial – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículos 3 a 6 – Criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual – Exigencia de transparencia – Contrato de seguro colectivo – Invalidez permanente del consumidor – Obligación de información – No comunicación de una cláusula de limitación o de exclusión de la cobertura del riesgo asegurado), DOUE, C, núm. 205, de 12 de junio de 2023.
52. Asunto C-200/21, *BRD Groupe Societé Générale y Next Capital Solutions*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 4 de mayo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul București – Rumanía) – *TU, SU / BRD Groupe Societé Générale SA, Next Capital Solutions Limited* (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Procedimiento de ejecución forzosa de un contrato de préstamo con fuerza de título ejecutivo – Oposición a la ejecución – Control de las cláusulas abusivas – Principio de efectividad – Normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución controlar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula más allá del plazo concedido al consumidor para formular oposición – Existencia de una acción de Derecho común imprescriptible que permite al juez que conoce del fondo del asunto ejercer tal control y ordenar la suspensión de la ejecución forzosa – Requisitos que no hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión – Exigencia de una fianza a cargo del consumidor para suspender el procedimiento de ejecución), DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.
53. Asunto C-694/21 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 27 de abril de 2023 – *Brunswick Bowling Products LLC*, anteriormente *Brunswick Bowling & Billiards Corporation / Comisión Europea*, Reino de Suecia (Recurso de casación – Protección de los consumidores – Directiva 2006/42/CE – Protección de la salud y la seguridad de los consumidores y de los trabajadores ante los riesgos derivados de la utilización de máquinas – Medidas adoptadas por el Reino de Suecia – Prohibición de comercialización de un tipo de máquina colocadora de bolos y un kit complementario – Retirada de las máquinas ya introducidas en el mercado –

Decisión de la Comisión Europea que declara la medida justificada), DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.

54. **Asunto C-705/21, AxFina Hungary: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 27 de abril de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Győri Ítéltábla – Hungría) – MJ / AxFina Hungary Zrt. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Artículos 6 y 7 – Contratos de préstamo denominados en moneda extranjera – Consecuencias jurídicas de la declaración de invalidez de un contrato de préstamo debido al carácter abusivo de una cláusula de dicho contrato – Cláusula contractual que hace recaer el riesgo de tipo de cambio en el consumidor), DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.**
55. **Asunto C-173/23, Eventmedia Soluciones: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil no 1 de Palma de Mallorca (España) el 20 de marzo de 2023 – Eventmedia Soluciones SL / Air Europa Líneas Aéreas SAU, DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.**
56. **Asunto C-97/22, DC (Desistimiento después de la ejecución del contrato): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 17 de mayo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Essen – Alemania) – DC / HJ (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículo 14, apartados 4, letra a), inciso i), y 5 – Derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera del establecimiento – Obligaciones de información del comerciante de que se trate – Omisión por parte de dicho comerciante de informar al consumidor – Obligaciones del consumidor en caso de desistimiento – Desistimiento después de que el contrato haya sido ejecutado – Consecuencias), DOUE, C, núm. 235, de 3 de julio de 2023.**
57. **Asunto C-143/23, Mercedes-Benz Bank y Volkswagen Bank: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg (Alemania) el 9 de marzo de 2023 – TJ, KI, FA / Mercedes-Benz Bank AG, Volkswagen Bank GmbH, DOUE, C, núm. 235, de 3 de julio de 2023.**
58. **Asunto C-231/23, Eurobank Bulgaria: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 12 de abril de 2023 – Eurobank Bulgaria AD, DOUE, C, núm. 252, de 17 de julio de 2023.**
59. **Asunto C-234/23, Astoria Management: Petición de decisión prejudicial planteada por el Rayonen sad – Nesébar (Bulgaria) el 13 de abril de 2023 – Astoria Management OOD / CW, DOUE, C, núm. 252, de 17 de julio de 2023.**
60. **Asunto C-455/21, Lyonesse Europe: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de junio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Olt – Rumania) – OZ / Lyonesse Europe AG (Procedimiento prejudicial – Protección de los consu-**

midores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Artículo 2, letra b) – Concepto de «consumidor» – Contrato relativo a la adhesión a un sistema de fidelización que permite obtener determinadas ventajas financieras al adquirir bienes y servicios de comerciantes terceros), DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.

61. Asunto C-570/21, YYY. (Concepto de consumidor): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de junio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie – Polonia) – I. S., K. S. / YYY. S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Contrato con doble finalidad – Artículo 2, letra b) – Concepto de «consumidor» – Criterios), DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.
62. Asunto C-520/21, Bank M. (Consecuencias de la anulación del contrato): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 15 de junio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie – Polonia) – Arkadiusz Szcześniak / Bank M. SA (Procedimiento prejudicial – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1 – Crédito hipotecario indexado a una moneda extranjera – Cláusulas de conversión – Determinación del tipo de cambio entre esa moneda extranjera y la moneda nacional – Efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula – Efectos de la anulación de un contrato en su totalidad – Posibilidad de reclamar créditos que excedan del reembolso de los importes acordados en el contrato y del pago de intereses de demora – Perjuicio del consumidor – Imposibilidad de disponer del importe de las cuotas mensuales abonadas al banco – Perjuicio del banco – Imposibilidad de disponer del importe del capital transferido al consumidor – Efecto disuasorio de la prohibición de las cláusulas abusivas – Protección efectiva del consumidor – Interpretación judicial de una normativa nacional), DOUE, C, núm. 271, de 31 de julio de 2023.
63. Asunto C-287/22, Getin Noble Bank (Suspensión de la ejecución de un contrato de crédito): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 15 de junio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – YQ, RJ / Getin Noble Bank S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Directiva 93/13/CEE – Préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera – Artículo 6, apartado 1 – Artículo 7, apartado 1 – Solicitud de medidas cautelares – Suspensión de la ejecución del contrato de préstamo – Garantía de la plena efectividad del efecto restitutorio), DOUE, C, núm. 271, de 31 de julio de 2023.
64. Asunto C-669/22, Rozhlas a televízia Slovenska: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 6 de junio de 2023 (petición de decisión

- prejudicial planteada por el Okresný súd Prešov – Eslovaquia) – Rozhlas a televízia Slovenska / CI (Procedimiento prejudicial – Artículo 53, apartado 2, y Artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Ámbito de aplicación – Indicación de las razones que justifican la necesidad de una interpretación de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión por parte del Tribunal de Justicia y de la relación que existe entre dichas disposiciones y la legislación nacional aplicable – Precisiones insuficientes – Inadmisibilidad manifiesta), DOUE, C, núm. 271, de 31 de julio de 2023.
65. Asunto C-176/23, Raiffeisen Bank: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Specializat Mureș (Rumanía) el 21 de marzo de 2023 – UG / SC Raiffeisen Bank SA., DOUE, C, núm. 278, de 7 de agosto de 2023.
66. Asunto C-178/23, ERB New Europe Funding II: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Specializat Mureș (Rumanía) el 21 de marzo de 2023 – ERB New Europe Funding II / YI, DOUE, C, núm. 278, de 7 de agosto de 2023.
67. Asunto C-543/21, Verband Sozialer Wettbewerb (Envases retornables): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de junio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Verband Sozialer Wettbewerb eV / familia-Handelsmarkt Kiel GmbH & Co. KG (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Indicación de los precios de los productos – Directiva 98/6/CE – Artículo 2, letra a) – Concepto de «precio de venta» – Productos vendidos en envases retornables por los que se paga depósito – Normativa nacional que exige que se indiquen por separado el importe del depósito y el precio de venta), DOUE, C, núm. 286, de 14 de agosto de 2023.
68. Asunto C-593/22, First Bank: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 6 de julio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Specializat Cluj – Rumania) – FS, WU / First Bank SA (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Ámbito de aplicación – Artículo 1, apartado 2 – Exclusión de las cláusulas contractuales que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas – Contrato de préstamo denominado en moneda extranjera – Cláusulas relativas al riesgo del tipo de cambio – Presunción de conocimiento de la Ley), DOUE, C, núm. 296, de 21 de agosto de 2023.
69. Asunto C-301/23, Bank BPH: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 10 de mayo de 2023 – AJ / Bank BPH S. A., DOUE, C, núm. 296, de 21 de agosto de 2023.
70. Asunto C-379/23, Guldbrev: Petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen

(Suecia) el 15 de junio de 2023 – Guldbrev AB / Konsumentombudsmannen, DOUE, C, núm. 296, de 21 de agosto de 2023.

71. Asunto C-339/23, Horyzont: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Siemianowicach Śląskich (Polonia) el 30 de mayo de 2023 – Horyzont Niestandaryzowany Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty / LC, DOUE, C, núm. 314, de 4 de septiembre de 2023.
72. Asunto C-35/22, Cajasur Banco: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 13 de julio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Málaga) – Cajasur Banco, S. A. / JO, IM (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículo 6, apartado 1 – Condiciones generales de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria declaradas nulas por los órganos jurisdiccionales nacionales – Demanda – Allamamiento antes de la contestación – Normativa nacional que implica que el consumidor haya de realizar, ante el profesional de que se trate, una gestión antes de acudir a la vía judicial para que no se le impongan las costas del procedimiento judicial – Principio de buena administración de la justicia – Derecho a la tutela judicial efectiva), DOUE, C, núm. 321, de 11 de septiembre de 2023.
73. Asunto C-265/22, Banco Santander (Referencia a un índice oficial): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 13 de julio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca) – ZR, PI / Banco Santander, S. A. [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contratos de préstamo hipotecario – Cláusula que establece un tipo de interés variable – Índice de referencia basado en las tasas anuales equivalentes (TAE) de los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito – Índice establecido mediante un acto reglamentario o administrativo – Indicações que figuran en el preámbulo de ese acto – Control relativo a la exigencia de transparencia – Apreciación del carácter abusivo], DOUE, C, núm. 321, de 11 de septiembre de 2023.
74. Asunto C-347/23, Zabitoń: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 2 de junio de 2023 – LB, JL / Getin Noble Bank S. A., DOUE, C, núm. 321, de 11 de septiembre de 2023.
75. Asunto C-348/23, BNP Paribas Bank Polska: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 5 de junio de 2023 – KCB, MB / BNP Paribas Bank Polska S. A., DOUE, C, núm. 321, de 11 de septiembre de 2023.

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

76. **Asunto C-4/23, Asociația Accept: Petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Sectorului 6 București (Rumanía) el 3 de enero de 2023 – M. – A. A. / Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj, Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date din Ministerul Afacerilor Interne, Municipiul Cluj-Napoca, con intervención de Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, Asociația Accept, DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.**

DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

77. **Asunto C-771/22, HDI Global: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bezirksgericht für Handelssachen Wien (Austria) el 19 de diciembre de 2022 – Bundesarbeitskammer / HDI Global SE, DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.**
78. **Asunto C-778/22, flightright: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hamburg (Alemania) el 22 de diciembre de 2022 – flightright GmbH / TAP Portugal, DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.**
79. **Asunto C-11/23, Eventmedia Soluciones: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil no 1 de Palma de Mallorca (España) el 12 de enero de 2023 – Eventmedia Soluciones SL / Air Europa Líneas Aéreas SAU, DOUE, C, núm. 155, de 2 de mayo de 2023.**
80. **Asunto C-33/23, Schwarzder: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Korneuburg (Austria) el 24 de enero de 2023 – AA AG / VM, AG GmbH, DOUE, C, núm. 155, de 2 de mayo de 2023.**
81. **Asunto C-45/23, MS Amlin Insurance: Petición de decisión prejudicial planteada por el Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Brussel (Bélgica) el 31 de enero de 2023 – A, B, C, D / MS Amlin Insurance SE, DOUE, C, núm. 155, de 2 de mayo de 2023.**
82. **Asunto C-86/23, HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung: Petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven kasatsionen sad (Bulgaria) el 15 de febrero de 2023 – E. N. I., Y. K. I. / HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG, DOUE, C, núm. 155, de 2 de mayo de 2023.**
83. **Asunto C-775/22, Banco Santander: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 20 de diciembre de 2022 – M. S. G. y otros / Banco Santander, SA, DOUE, C, núm. 173, de 15 de mayo de 2023.**
84. **Asunto C-779/22, Banco Santander: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 22 de diciem-**

bre de 2022 – M. C. S. / Banco Santander, SA, DOUE, C, núm. 173, de 15 de mayo de 2023.

85. Asunto C-794/22, Banco Santander: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 23 de diciembre de 2022 – FSC / Banco Santander SA, DOUE, C, núm. 173, de 15 de mayo de 2023.
86. Asunto C-54/23, Laudamotion y Ryanair: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 3 de febrero de 2023 – WY / Laudamotion GmbH, Ryanair DAC, DOUE, C, núm. 173, de 15 de mayo de 2023.
87. Asunto C-607/22, Eurowings (Vuelo inexistente): Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 10 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf – Alemania) – Eurowings GmbH / flihtright GmbH [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Transportes aéreos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos – Artículo 2 – Concepto de «transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo» – Vuelo reservado con un operador turístico – Vuelo supuestamente inexistente], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
88. Asunto C-76/23, Cobult: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 13 de febrero de 2023 – Cobult UG / TAP Air Portugal SA, DOUE, C, núm. 189, de 30 de mayo de 2023.
89. Asunto C-78/23, Deutsche Lufthansa: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Steinfurt (Alemania) el 14 de febrero de 2023 – UE / Deutsche Lufthansa AG, DOUE, C, núm. 189, de 30 de mayo de 2023.
90. Asunto C-109/23, Jemerak: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Berlin (Alemania) el 23 de febrero de 2023 – GM y ON / PR, DOUE, C, núm. 189, de 30 de mayo de 2023.
91. Asunto C-170/23, trendtours Touristik: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 20 de marzo de 2023 – trendtours Touristik GmbH/SH, DOUE, C, núm. 189, de 30 de mayo de 2023.
92. Asuntos acumulados C-156/22 a C-158/22, TAP Portugal (Fallecimiento de un copiloto) y otros: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de mayo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Stuttgart – Alemania) – TAP Portugal / flihtright GmbH (C-156/22), Myflyright GmbH (C-157/22 y C-158/22) [Procedimiento prejudicial – Transportes aéreos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Indemnización a los pasajeros aéreos en caso de cancelación de un vuelo – Artículo 5, apartado 3 – Exención de la obligación de indemnización – Concepto de «cir-

- cunstancias extraordinarias» – Ausencia imprevista, por enfermedad o fallecimiento, de un miembro de la tripulación indispensable para realizar el vuelo], DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.
93. Asunto C-209/23, RRC Sports: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Mainz (Alemania) el 31 de marzo de 2023 – FT y RRC Sports GmbH / Fédération Internationale de Football Association (FIFA), DOUE, C, núm. 235, de 3 de julio de 2023.
 94. Asunto T-771/21: Auto del Tribunal General de 22 de mayo de 2023 – Bategu Gummittechnologie/Comisión («Responsabilidad extracontractual – Competencia – Decisión de desestimación de una denuncia – Perjuicio material – Realidad y certeza del daño – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»), DOUE, C, núm. 252, de 17 de julio de 2023.
 95. Asunto C-253/23, ASG 2: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Dortmund (Alemania) el 20 de abril de 2023 – ASG 2 Ausgleichsgesellschaft für die Sägeindustrie Nordrhein-Westfalen GmbH contra Land Nordrhein-Westfalen, DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.
 96. Asunto C-49/22, Austrian Airlines (Vuelo de repatriación): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 8 de junio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Korneuburg – Austria) – Austrian Airlines AG / TW [Procedimiento prejudicial – Transportes aéreos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 5, apartado 1, letra a) – Cancelación de un vuelo – Artículo 8, apartado 1 – Obligación de asistencia – Concepto de «transporte alternativo» – Indemnización a los pasajeros aéreos en caso de cancelación de un vuelo – Pandemia de Covid-19 – Vuelo de repatriación organizado por un Estado miembro en el contexto de la asistencia consular – Vuelo realizado por el mismo transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo cancelado y a la misma hora que este – Gastos a cargo del pasajero que exceden del coste neto de dicho vuelo], DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.
 97. Asunto C-407/21, UFC – Que choisir y CLCV: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de junio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État – Francia) – Union fédérale des consommateurs – Que choisir (UFC – Que choisir), Consommation, logement et cadre de vie (CLCV) / Premier ministre, Ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance [Procedimiento prejudicial – Viajes combinados y servicios de viaje vinculados – Directiva (UE) 2015/2302 – Artículo 12, apartados 2 a 4 – Terminación de los contratos de viaje combinado – Circunstancias inevitables y extraordinarias – Pandemia de COVID-19 – Reembolso de los pagos que el viajero interesado haya realizado por un viaje combinado – Reembolso en forma de un importe en efectivo o reembolso equivalente en forma de un bono – Obligación de reembolsar a ese viajero en un plazo no superior a catorce días después de la terminación del contrato en cuestión – Exoneración

temporal de dicha obligación – Modulación de los efectos en el tiempo de una resolución que se adopta de conformidad con el Derecho nacional por la que se anula una normativa nacional contraria a la referida obligación], DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.

98. Asunto C-335/23, Qatar Airways: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 26 de mayo de 2023 – MN / Qatar Airways, DOUE, C, núm. 271, de 31 de julio de 2023.
99. Asunto T-752/20: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2023 – IMG/Comisión («Responsabilidad extracontractual – Investigaciones de la OLAF – Filtraciones a la prensa – Daños materiales y morales – Relación de causalidad – Imputabilidad de las filtraciones – Infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares – Confidencialidad de los dictámenes jurídicos»), DOUE, C, núm. 278, de 7 de agosto de 2023.
100. Asunto C-194/23, Air France: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d’appel d’Amiens (Francia) el 27 de marzo de 2023 – Air France SA / M. L. esposa de G, X. G., C. G., R. G., L. G., DOUE, C, núm. 286, de 14 de agosto de 2023.
101. Asunto C-385/23 Finnair: Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus (Finlandia) el 22 de junio de 2023 – Pasajero A / Finnair Oyj, DOUE, C, núm. 314, de 4 de septiembre de 2023.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

102. Asunto C-285/21, Dalarjo y otros: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 28 de febrero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial Núm. 1 de Pontevedra) – Dalarjo, S. L., y otros / Renault Trucks SASU (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Prácticas colusorias – 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 – Camiones especiales – «Dumper» articulado), DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
103. Asunto T-94/20: Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2023 – Campine y Campine Recycling/Comisión [«Responsabilidad extracontractual – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del reciclado de baterías de automóviles – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del Artículo 101 TFUE – Sentencia que anula parcialmente la Decisión y reduce el importe de la multa impuesta – Negativa de la Comisión a abonar intereses de demora – Artículo 266 TFUE – Artículo 90, aparta-

do 4, del Reglamento Delegado (UE) núm. 1268/2012 – **Infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares – Tipo del interés de demora**», DOUE, C, núm. 205, de 12 de junio de 2023.

104. **Asunto C-233/23 Alphabet y otros: Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 13 de abril de 2023 – Alphabet Inc., Google LLC, Google Italy Srl / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

105. **Asunto T-787/21: Sentencia del Tribunal General de 8 de febrero de 2023 – UniSkin/EUIPO – Unicskin (UNISKIN by Dr. Søren Frankild) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión UNISKIN by Dr. Søren Frankild – Marca nacional figurativa anterior UNICKIN YOUR EFFECTIVE SOLUTION – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos y servicios – Carácter distintivo de la marca anterior – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.**
106. **Asunto T-24/22: Sentencia del Tribunal General de 8 de febrero de 2023 – Bensoussan/EUIPO – Lulu’s Fashion Lounge (LOULOU STUDIO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión LOULOU STUDIO – Marca internacional denominativa anterior LULU’S – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.**
107. **Asunto T-141/22: Sentencia del Tribunal General de 8 de febrero de 2023 – Sport1/EUIPO – SFR (SFR SPORT1) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SFR SPORT 1 – Marcas nacional e internacional figurativas anteriores sport1 – 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] – Carácter distintivo adquirido por el uso – Interdependencia entre los factores»], DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.**
108. **Asunto C-472/21, Monz Handelsgesellschaft International: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de febrero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Monz Handelsgesellschaft International mbH & Co. KG / Büchel GmbH & Co. Fahrzeugtechnik KG (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Dibujo o modelo – Directiva 98/71/CE – Artículo 3, apartados 3 y 4 – Requisitos de protección de un componente que forma parte de un producto**

complejo – Conceptos de «visibilidad» y de «utilización normal» – Visibilidad de un componente de un producto complejo durante la utilización normal de ese producto por parte del consumidor final), DOUE, C, núm. 127, de 11 de abril de 2023.

109. Asunto T-684/21: Sentencia del Tribunal General de 15 de febrero de 2023 – Mostostal/EUIPO – Polimex – Mostostal (MOSTOSTAL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión MOSTOSTAL – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 127, de 11 de abril de 2023.
110. Asunto T-741/21: Sentencia del Tribunal General de 15 de febrero de 2023 – LG Electronics/EUIPO – ZTE Deutschland (V10) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión V10 – Motivo de denegación absoluto – Signo alfanumérico – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) no 207/2009 [actualmente, Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 127, de 11 de abril de 2023.
111. Asunto T-8/22: Sentencia del Tribunal General de 15 de febrero de 2023 – Topcart/EUIPO – Carl International (TC CARL) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TC CARL – Marca nacional figurativa anterior carl touch – 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. 127, de 11 de abril de 2023.
112. Asunto T-82/22: Sentencia del Tribunal General de 15 de febrero de 2023 – Bambu Sales/EUIPO (BAMBU) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión BAMBU – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 127, de 11 de abril de 2023.
113. Asunto T-204/22: Sentencia del Tribunal General de 15 de febrero de 2023 – Rimini Street/EUIPO (OTHER COMPANIES DO SOFTWARE WE DO SUPPORT) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que designa a la Unión Europea – Marca denominativa OTHER COMPANIES DO SOFTWARE 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. 127, de 11 de abril de 2023.
114. Asunto T-552/21: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2023 – Worldwide Brands/EUIPO – Wan (CAMEL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión CAMEL – Pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 95, apartado 2, del

- Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001 – Falta de apreciación de algunas pruebas presentadas», DOUE, C, núm. 134, de 17 de abril de 2023.**
- 115. Asunto T-25/22: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2023 – Canai Technology/EUIPO – Trend Fin (HE&ME) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa HE&ME – Marca Benelux denominativa anterior ME – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los signos – Escaso carácter distintivo de la marca anterior – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 134, de 17 de abril de 2023.**
- 116. Asunto T-36/22: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2023 – Romedor Pharma/EUIPO – Perfect Care Distribution (PERFECT FARMA CERVIRON) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión PERFECT FARMA CERVIRON – Marca nacional no registrada anterior CERVIRON – Causa de nulidad relativa – Artículos 8, apartado 4, y 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 4, y 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 134, de 17 de abril de 2023.**
- 117. Asunto T-37/22: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2023 – Romedor Pharma/EUIPO – Perfect Care Distribution (Cerviron) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Cerviron – Marca nacional no registrada anterior CERVIRON – Causa de nulidad relativa – Artículos 8, apartado 4, y 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 134, de 17 de abril de 2023.**
- 118. Asunto T-38/22: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2023 – Romedor Pharma/EUIPO – Perfect Care Distribution (CERVIRON perfect care) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión CERVIRON perfect care – Marca nacional no registrada anterior CERVIRON – Causa de nulidad relativa – Artículos 8, apartado 4, y 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 134, de 17 de abril de 2023.**
- 119. Asunto T-102/22: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2023 – Transgourmet Ibérica/EUIPO – Aldi (Gourmet) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Gourmet – Marca nacional denominativa anterior GOURMET – Causa de nulidad relativa – Carácter distintivo de la marca anterior – Uso efectivo de la marca anterior – Forma que difiere en elementos que no alteran su carácter distintivo»), DOUE, C, núm. 134, de 17 de abril de 2023.**

120. **Asunto T-217/22: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2023 – Lifestyle Equities/EUIPO – Greenwich Polo Club (GREENWICH POLO CLUB GPC 2002) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión GREENWICH POLO CLUB GPC 2002 – Marca figurativa anterior de la Unión BEVERLY HILLS POLO CLUB – Causa de nulidad relativa – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 134, de 17 de abril de 2023.**
121. **Asunto T-295/22: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2023 – Crush Series Publishing/EUIPO – Mediaproduccion (The Crush Series) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión The Crush Series – Marca figurativa anterior de la Unión CRUSH – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 134, de 17 de abril de 2023.**
122. **Asunto T-341/22: Sentencia del Tribunal General de 15 de febrero de 2023 – Deutsche Bank/EUIPO – Operación y Auditoria (avanza Tu negocio) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión avanza Tu negocio – Marca nacional figurativa anterior Avanza Credit de Deutsche Bank – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 134, de 17 de abril de 2023.**
123. **Asunto C-684/21, Papierfabriek Doetinchem: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 2 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el P'Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Papierfabriek Doetinchem BV / Sprick GmbH Bielefelder Papier- und Wellpappenwerk & Co. [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Dibujos y modelos comunitarios – Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Artículo 8, apartado 1 – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Criterios de apreciación – Existencia de dibujos o modelos alternativos – Titular que también dispone de un gran número de diseños alternativos protegidos – Policromía de un producto que no figura en el registro del dibujo o modelo en cuestión], DOUE, C, núm. 155, de 2 de mayo de 2023.**
124. **Asunto T-372/21: Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2023 – Sympatex Technologies/EUIPO – Liwe Española (Sympathy Inside) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Sympathy Inside – Marca denominativa anterior de la Unión INSIDE. – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actual-**

- mente Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente Artículo 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), del Reglamento 2017/1001] – No alteración del carácter distintivo», DOUE, C, núm. 155, de 2 de mayo de 2023.
125. Asunto T-759/21: Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo 2023 – Société des produits Nestlé/EUIPO – The a2 Milk Company (A 2) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa A 2 – Registro internacional anterior – Marca figurativa THE a2 MILK COMPANY THE a2 MILK COMPANY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001], DOUE, C, núm. 155, de 2 de mayo de 2023.
126. Asunto T-172/22: Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2023 – G n n /EUIPO – Solar (termorad ALUMINIUM PANEL RADIATOR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TERMORAD ALUMINIUM PANEL RADIATOR – Marca Benelux denominativa anterior THERMRAD – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 155, de 2 de mayo de 2023.
127. Asunto T-89/22: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2023 – Homy Casa/EUIPO – Albatros International (Sillas) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una silla – Dibujo o modelo anterior – Motivo de nulidad – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Divulgación en Internet – Identificación del dibujo o modelo anterior – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Artículo 63, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.
128. Asunto T-133/22: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2023 – Katjes Fassin/EUIPO (THE FUTURE IS PLANT-BASED) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión THE FUTURE IS PLANT-BASED – Marca constituida por un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.
129. Asunto T-174/22: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2023 – Novartis/EUIPO – AstraZeneca (BREZTREV) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Europea BREZTREV – Marcas denominativas anteriores de la Unión Europea ONBREZ, DAYBREZ, BREZILIZER y BREEZHALER – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Regla-

mento (UE) núm. 2017/1001»], DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.

130. **Asunto T-175/22: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2023 – Novartis/EUIPO – AstraZeneca (BREZTRI)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Europea BREZTRI – Marcas denominativas de la Unión Europea anteriores ONBREZ, BREZILIZER y BREZHALER – Inexistencia de riesgo de confusión – Falta de carácter distintivo mayor de las marcas anteriores – Artículo 60, apartado 1, letra a), y Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 217/1001 – Artículo 27, apartado 3, letra b), del Reglamento (UE) 2018/625»], DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.
131. **Asunto T-178/22: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2023 – FA World Entertainment/EUIPO (FUCKING AWESOME)** [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa FUCKING AWESOME – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Seguridad jurídica – Igualdad de trato – Principio de buena administración»], DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.
132. **Asunto T-194/22: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2023 – Zelmotor/EUIPO – B&B Trends (zelmotor)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión europea zelmotor – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a) del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.
133. **Asunto T-344/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – Plusmusic/EUIPO – Groupe Canal + (+music)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión +music – Marca nacional figurativa anterior + – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Elevado carácter distintivo de la marca anterior adquirido por el uso»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
134. **Asunto T-366/21: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2023 – Coinbase/EUIPO – bitFlyer (coinbase)** {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa coinbase – 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. 179, de 22 de mayo de 2023.
135. **Asunto T-400/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – ZR/EUIPO («Función pública – Funcionarios – Convocatoria para proveer plaza vacante – Solicitud de transferencia**

interinstitucional – Artículo 8, párrafo primero, del Estatuto – Denegación de la transferencia – Orden de prioridad – Artículo 29, apartado 1, del Estatuto – Igualdad de trato – Obligación de motivación – Error manifiesto de apreciación – Deber de asistencia y protección – Corrección de errores», DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.

136. Asunto T-505/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – Tinnus Enterprises/EUIPO – Mystic Products (Equipos de distribución de fluidos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
137. Asunto T-535/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – Tinnus Enterprises/EUIPO – Mystic Products (Equipos de distribución de fluidos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
138. Asunto T-545/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – Tinnus Enterprises/EUIPO – Mystic Products (Equipos de distribución de fluidos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
139. Asunto T-555/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – Tinnus Enterprises/EUIPO – Mystic Products (Equipos de distribución de fluidos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.

140. **Asunto T-575/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – Tinnus Enterprises/EUIPO – Mystic Products y Koopman International (Equipos de distribución de fluidos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.**
141. **Asunto T-576/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – Tinnus Enterprises/EUIPO – Mystic Products y Koopman International (Equipos de distribución de fluidos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.**
142. **Asunto T-577/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – Tinnus Enterprises/EUIPO – Mystic Products y Koopman International (Equipos de distribución de fluidos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.**
143. **Asunto T-578/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – Tinnus Enterprises/EUIPO – Mystic Products y Koopman International (Equipos de distribución de fluidos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.**
144. **Asunto T-588/21: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – Tinnus Enterprises/EUIPO – Mystic Products y Koopman International (Equipos de distribución de fluidos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una parte de los equipos**

de distribución de fluidos – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002», DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.

145. Asunto T-617/21: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2023 – B&Bartoni/EUIPO – Hypertherm (Electrodo que debe introducirse en una antorcha) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un electrodo que debe introducirse en una antorcha – Causa de nulidad – Artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Componente de un producto complejo»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
146. Asunto T-650/21: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2023 – Casa International/EUIPO – Interstyle (casa) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión casa – Causa de nulidad absoluta – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente Artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001)»}, DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
147. Asunto T-750/21: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2023 – Beauty Biosciences/EUIPO – Société de Recherche Cosm  tique (BIO-BEAUTÉ) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión BIO-BEAUTÉ – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) no 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] – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente Artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001) – Artículo 52, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente Artículo 59, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75, primera frase, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente Artículo 94, apartado 1, primera frase, del Reglamento 2017/1001)»}, DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
148. Asunto T-5/22: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2023 – Puma/EUIPO – Brooks Sports (Representación de una banda con un ángulo agudo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa una banda con un ángulo agudo – Marcas figurativas anteriores

de la Unión y nacional que representan una banda – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001 – Seguridad jurídica – Igualdad de trato – Principio de buena administración», DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.

149. Asunto T-199/22: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – Perfetti Van Melle/EUIPO (Representación de un recipiente cilíndrico con líneas onduladas) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un recipiente cilíndrico con líneas onduladas – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
150. Asunto T-306/22: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2023 – Fun Factory/EUIPO – I Love You (love you so much) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión love you so much – Marca figurativa anterior de la Unión I LOVE YOU SINCE FOREVER – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
151. Asunto T-308/22: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – celotec/EUIPO – Decotec Printing (DECOTEC) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión DECOTEC – Causa de nulidad absoluta – Falta de 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. 179, de 22 de mayo de 2023.
152. Asunto T-408/22: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2023 – adp Merkur/EUIPO – psmtec (SEVEN SEVEN 7) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SEVEN SEVEN 7 – Marca denominativa anterior de la Unión Seven – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de uso efectivo – Artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
153. Asunto T-436/22: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2023 – Machková/EUIPO – Aceites Almenara (ALMARA SOAP) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ALMARA SOAP – Marca denominativa anterior de la Unión ALMENARA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.

154. **Asunto T-749/21: Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2023 – Gerhard Grund Gerüste/EUIPO – Josef-Grund-Gerüstbau (Josef Grund Gerüstbau) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Josef Grund Gerüstbau – Marca figurativa nacional anterior grund – Causa de nulidad relativa – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 189, de 30 de mayo de 2023.**
155. **Asunto T-491/22: Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2023 – Zitro International/EUIPO – e-gaming (Smiley con sombrero de copa) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un smiley con sombrero de copa – Marca figurativa anterior de la Unión que representa un personaje de fantasía – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 189, de 30 de mayo de 2023.**
156. **Asunto C-104/22, Lännen MCE: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 27 de abril de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Markkinaoikeus – Finlandia) – Lännen MCE Oy / Berky GmbH, Senwatec GmbH & Co. KG [Procedimiento prejudicial – Marca de la Unión Europea – Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 125, apartado 5 – Competencia internacional – Acción por violación de marca – Competencia de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se hubiere cometido o pudiere cometerse la violación – Publicidad presentada por un motor de búsqueda que utiliza un nombre de dominio nacional de primer nivel – Publicidad que no precisa la zona geográfica de entrega – Criterios que deben tenerse en cuenta], DOUE, C, núm. 205, de 12 de junio de 2023.**
157. **Asunto C-686/21, Legea: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 27 de abril de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione – Italia) – VW / SW, CQ, ET, Legea Srl y Legea Srl / VW, SW, CQ, ET [Procedimiento prejudicial – Derecho de marcas – Directiva 89/104/CEE – Directiva (UE) 2015/2436 – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Reglamento (UE) 2017/1001 – Derechos exclusivos del titular de una marca – Marca perteneciente a varias personas – Requisitos de mayoría exigidos entre los cotitulares para la concesión y resolución de una licencia de su marca], DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.**
158. **Asunto T-546/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – Rochem Group/EUIPO – Rochem Marine (R. T. S. ROCHEM Technical Services) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marque figurativa de la Unión R. T. S. ROCHEM Technical Services – Marca figurativa nacional anterior ROCHEM MARINE – Causa de nulidad relativa – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículos 15 y 57, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artícu-**

los 18 y 64, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.

159. Asunto T-547/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – Rochem Group/EUIPO – Rochem Marine (R. T. S. Rochem Technical Services) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión R. T. S. Rochem Technical Services – Marca figurativa nacional anterior ROCHEM MARINE – Causa de nulidad relativa – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículos 15 y 57, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 18 y 64, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.
160. Asunto T-548/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – Rochem Group/EUIPO – Rochem Marine (ROCHEM) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa ROCHEM – Marca figurativa nacional anterior ROCHEM MARINE – Causa de nulidad relativa – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículos 15 y 57, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 18 y 64, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.
161. Asunto T-549/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – Rochem Group/EUIPO – Rochem Marine (ROCHEM) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa ROCHEM – Marca figurativa nacional anterior ROCHEM MARINE – Causa de nulidad relativa – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículos 15 y 57, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 18 y 64, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.
162. Asunto T-681/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – Alves Casas/EUIPO – Make-Up Art Cosmetics (mccosmetics NY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión mccosmetics NY – Marca figurativa anterior de la Unión MAC MAKE-UP ART COSMETICS – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.
163. Asunto T-757/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – Activa – Grillküche/EUIPO – Targa (Aparato para asar) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un aparato para asar – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Artícu-

lo 7, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.

164. Asunto T-794/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – Wenz Kunststoff/EUIPO – Mouldpro (MOULDPRO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión MOULDPRO – Uso efectivo de la marca – Naturaleza del uso – Uso para los productos para los que está registrada la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Confianza legítima»], DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.
165. Asunto T-35/22: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – Kaminski/EUIPO – Polfarmex (SYRENA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión SYRENA – Aplicación de la ley en el tiempo – Inadmisibilidad parcial del recurso – Fuerza de cosa juzgada – Artículo 15, apartado 1, y Artículo 51, apartado 1, letra a), y apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente Artículo 18, apartado 1, y Artículo 58, apartado 1, letra a), y apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo en la Unión – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, primera frase, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.
166. Asunto T-147/22: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – Pinar Kuruyemiş Gıda Ve İhtiyaç Maddeleri Sanayi Ticaret/EUIPO – Yadex International (pinar KURUYEMİŞ) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión pinar KURUYEMİŞ – Marca alemana denominativa anterior PINAR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Derecho a ser oído – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Suspensión del procedimiento – Artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.
167. Asunto T-148/22: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – Pinar Kuruyemiş Gıda Ve İhtiyaç Maddeleri Sanayi Ticaret/EUIPO – Yadex International (pinar KURUYEMİŞ) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión pinar KURUYEMİŞ – Marca alemana denominativa anterior PINAR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Derecho a ser oído – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Suspensión del procedimiento – Artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.
168. Asunto T-153/22: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – Volkswagen/EUIPO – XTG (XTG) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión XTG – Marca denominativa anterior de la

Unión GTX – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.

169. **Asunto T-154/22: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – Volkswagen/EUIPO – XTG (XTG) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión XTG – Marca denominativa anterior de la Unión GTX – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.**
170. **Asunto T-7/22: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2023 – FFI Female Financial Invest/EUIPO – MLP Finanzberatung (Financery) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Financery – Marca denominativa anterior de la Unión financery – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.**
171. **Asunto T-52/22: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2023 – Chambre de commerce et d’industrie territoriale de la Marne en Champagne/EUIPO – Ambrosetti Group (TEHA) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TEHA – Marca nacional figurativa anterior tema – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente Artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001) – Uso de una forma que difiere en elementos que alteran el carácter distintivo de la marca – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente Artículo 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.**
172. **Asunto T-60/22: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2023 – Chambre de commerce et d’industrie territoriale de la Marne en Champagne/EUIPO – Ambrosetti Group (TEHA) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa TEHA – Marca figurativa nacional anterior tema – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente Artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001) – Uso en una forma que difiera en elementos que alteren el carácter distintivo de la marca – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente Artículo 18, apartado 1, párrafo**

- segundo, letra a), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.
173. Asunto T-106/22: Sentencia del Tribunal General de 3 mayo de 2023 – Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi/EUIPO – M. J. Dairies (BBQLOUMI) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión BBQLOUMI – Marca colectiva denominativa anterior de la Unión HALLOUMI – Causas de nulidad relativa – Riesgo de confusión – Perjuicio para la notoriedad – Artículos 8, apartados 1, letra b), y 5, y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartados 1, letra b) y 5, y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.
174. Asunto T-168/22: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2023 – Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi/EUIPO – Fontana Food (GRILLOUMI) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GRILLOUMI – Marca colectiva denominativa anterior de la Unión HALLOUMI – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.
175. Asunto T-303/22: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2023 – Dicofarm/EUIPO – Marco Viti Farmaceutici (Vitis pharma Dicofarm group) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Vitis pharma Dicofarm group – Marca figurativa nacional anterior viti DREN – Causa de nulidad relativa – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Escasa similitud de los productos y servicios – Inexistencia de riesgo de confusión»], DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.
176. Asunto T-437/22: Sentencia del Tribunal General de 10 de mayo de 2023 – Vanhove/EUIPO – Aldi Einkauf (bistro Régent) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión bistro Régent – Marca nacional denominativa anterior REGENT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículos 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Forma que difiere en elementos que no alteran su carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.
177. Asunto T-459/22: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2023 – Laboratorios Ern/EUIPO – Biolark (BIOLARK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea –

Marca figurativa BIOLARK – Marca nacional denominativa anterior BIOPLAK – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.

178. **Asunto T-267/22: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2023 – Consulta/EUIPO – Karlinger (ACASA) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión ACASA – Causa de nulidad absoluta – Falta de 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] – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001»}, DOUE, C, núm. 235, de 3 de julio de 2023.**
179. **Asunto T-480/22: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2023 – Panicongelados-Massas Congeladas/EUIPO – Seder (panidor) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión panidor – Marca nacional denominativa anterior ANIDOR – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 235, de 3 de julio de 2023.**
180. **Asunto T-509/22: Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2023 – Bimbo/EUIPO – Bottari Europe (BimboBIKE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BimboBIKE – Marca nacional denominativa anterior BIMBO – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 235, de 3 de julio de 2023.**
181. **Asunto T-656/22: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2023 – moderne Stadt/EUIPO (DEUTZER HAFEN) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión DEUTZER HAFEN – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Igualdad de trato»], DOUE, C, núm. 235, de 3 de julio de 2023.**
182. **Asunto T-657/22: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2023 – moderne Stadt/EUIPO – (DEUTZER HAFEN KÖLN) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión DEUTZER HAFEN KÖLN – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Igualdad de trato»], DOUE, C, núm. 235, de 3 de julio de 2023.**
183. **Asunto T-2/21: Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2023 – Emmentaler Switzerland/EUIPO (EMMENTALER) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa EMMENTALER – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo**

lo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Marca colectiva – Artículo 74, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 252, de 17 de julio de 2023.

184. Asunto T-477/21: Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2023 – Glaxo Group/EUIPO – Cipla Europe (Forma de un inhalador) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de un inhalador – Causa de nulidad absoluta – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 51, apartado 2, del Reglamento (CE) no 40/94 [actualmente, Artículo 59, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001»}, DOUE, C, núm. 252, de 17 de julio de 2023.
185. Asunto T-735/21: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – Aprile y Commerciale Italiana/EUIPO – DC Comics (Representación de un murciélago en un marco ovalado) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa un murciélago en un marco ovalado – Causas de nulidad absoluta – Carácter distintivo – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Limitación de los productos objeto del recurso de nulidad – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 252, de 17 de julio de 2023.
186. Asunto T-68/22: Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2023 – Granini France/EUIPO – Pichler (Joro) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Joro – Marca nacional denominativa anterior JOKO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 252, de 17 de julio de 2023.
187. Asunto T-227/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – Cylus Cyber Security/EUIPO – Cylance (CYLUS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CYLUS – Marca denominativa anterior de la Unión CYLANCE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 252, de 17 de julio de 2023.
188. Asunto T-239/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – Cherusci/EUIPO – LexDellmeier (RIALTO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión RIALTO – Falta de uso efectivo de la marca – Ausencia de causas justificativas para la falta de uso – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 252, de 17 de julio de 2023.

189. **Asunto T-419/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – Medex/EUIPO – Stein (medex)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión medex – Uso efectivo de la marca – 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. 252, de 17 de julio de 2023.
190. **Asunto T-568/22: Auto del Tribunal General de 8 de junio de 2023 – XNT/EUIPO – Exane (EXANE)** {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión EXANE – Denominación social anterior EXANTE – Nombre de dominio «exante.eu» – Causa de nulidad relativa – Artículos 8, apartado 4, y 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 4, y 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno», DOUE, C, núm. 252, de 17 de julio de 2023.
191. **Asunto C-654/21, LM (Demanda de reconversión por nulidad): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 8 de junio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – LM / KP** [Procedimiento prejudicial – Marca de la Unión Europea – Litigio ante el órgano jurisdiccional nacional – Competencia de los tribunales de marcas de la Unión Europea – Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 124 – Acción por violación de marca – Artículo 128 – Demanda de reconversión por nulidad – Objeto de la demanda – Artículo 129, apartado 3 – Normas procesales aplicables al mismo tipo de acciones en materia de marca nacional – Principio de autonomía procesal], DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.
192. **Asunto T-33/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – Vallegre/EUIPO – Joseph Phelps Vineyards (PORTO INSÍGNIA)** {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión PORTO INSÍGNIA – Marca denominativa anterior de la Unión INSIGNIA – 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. 261, de 24 de julio de 2023.
193. **Asunto T-47/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – DDR Kultur/EUIPO – Groupe Canal+ (THE PLANET)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión THE PLANET – Marca figurativa anterior de la Unión PLANÈTE + – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.

194. Asunto T-63/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – Brooks England/EUIPO – Brooks Sports (BROOKS ENGLAND) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BROOKS ENGLAND – Marca denominativa anterior de la Unión BROOKS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 43, apartado 2, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente Artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001)»}, DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.
195. Asuntos acumulados T-218/22 y T-219/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – Roxtec y Wallmax/EUIPO – Wallmax y Roxtec (Representación de un cuadrado azul que contiene ocho círculos negros concéntricos) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa un cuadrado azul que contiene ocho círculos negros concéntricos – Causa de nulidad absoluta – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (UE) 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.
196. Asunto T-339/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – Chocolates Lacasa Internacional/EUIPO – Esquitino Madrid (Conguitos) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Conguitos – Marca denominativa anterior de la Unión Conguitos – 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] – Causa de nulidad relativa – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o del renombre de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001) – Artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente Artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001]»}, DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.
197. Asunto T-368/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – Cassa Centrale/EUIPO – Bankia (BANQUI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión BANQUI – Marca figurativa anterior de la Unión Bankia – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Carácter distintivo de la marca anterior»], DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.
198. Asunto T-519/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – Société des produits Nestlé/EUIPO – European Food

(FITNESS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de revocación de resoluciones o de cancelación de inscripciones – Revocación de una resolución afectada por un error en el procedimiento que sea evidente e imputable a la EUIPO – Artículo 103, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Inexistencia de error evidente»], DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.

199. Asunto T-541/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – Sanity Group/EUIPO – AC Marca Brands (Sanity Group) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Sanity Group – Marca figurativa anterior de la Unión SANYTOL – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.
200. Asunto T-543/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2023 – Laboratorios Ern/EUIPO – BRM Extremities (BIOPLAN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión BIOPLAN – Marca nacional denominativa anterior BIOPLAK – Motivo de denegación relativo – Falta de similitud entre los productos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 261, de 24 de julio de 2023.
201. Asunto T-200/20: Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2023 – Stone Brewing/EUIPO – Molson Coors Brewing Company (UK) (STONE BREWING) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión STONE BREWING – Marca denominativa anterior de la Unión STONES – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – 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. 271, de 31 de julio de 2023.
202. Asuntos acumulados T-197/22 y T-198/22: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2023 – Ioulia and Irene Tseti Pharmaceutical Laboratories/EUIPO – Arbora & Ausonia (InterMed Pharmaceutical Laboratories eva intima) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marcas figurativas de la Unión InterMed Pharmaceutical Laboratories eva intima – Marcas de la Unión y nacional denominativas anteriores EVAX – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 271, de 31 de julio de 2023.
203. Asunto T-347/22: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2023 – Rauch Furnace Technology/EUIPO – Musto et Bureau (Crisol) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario que representa un crisol – Dibujo o modelo anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter

- singular – Inexistencia de impresión general distinta – Divulgación del diseño o modelo anterior – Artículos 6, 7 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Pruebas presentadas en una lengua distinta de la de procedimiento – Artículos 29, apartados 1 y 5, y 81, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2245/2002 – Hechos invocados o pruebas aportadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 63 del Reglamento núm. 6/2002», DOUE, C, núm. 271, de 31 de julio de 2023.
204. Asunto T-438/22: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2023 – International British Education XXI/EUIPO – Saint George’s School (IBE ST. GEORGE’S) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión IBE ST. GEORGE’S – Marca nacional figurativa anterior ST. GEORGE’S SCHOOL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 271, de 31 de julio de 2023.
205. Asunto T-446/22: Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2023 – Corver/EUIPO (CHR ME) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Solicitud de marca figurativa de la Unión CHR ME – Causa de nulidad absoluta – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 271, de 31 de julio de 2023.
206. Asunto T-514/22: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2023 – Vitromed/EUIPO – Vitromed Healthcare (VITROMED Germany) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión VITROMED Germany – Registro internacional de la marca figurativa anterior VITROMED – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 271, de 31 de julio de 2023.
207. Asunto T-433/22: Auto del Tribunal General de 6 de junio de 2023 – Spreewood Distillers/EUIPO – Radgonske gorice (STORK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión STORK – Marca nacional denominativa anterior GOLDEN STORK – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 271, de 31 de julio de 2023.
208. Asunto T-145/22: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2023 – CEDC International/EUIPO – Underberg (Forma de brizna de hierba dentro de una botella) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de brizna de hierba dentro de una botella – Marcas nacionales anteriores – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente Artículo 8, apartado 3, del Reglamento (UE)

- 2017/1001] – Concepto de «agente» o de «representante» – Existencia de un acuerdo contractual directo», DOUE, C, núm. 286, de 14 de agosto de 2023.
209. Asunto T-452/22: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2023 – Hofmeir Magnetics/EUIPO – Healthfactories (Hofmag) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Hofmag – Marca denominativa anterior no registrada HOFMAG – Motivo de denegación relativo – Falta de utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Artículos 8, apartado 4, y 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 286, de 14 de agosto de 2023.
210. Asunto T-495/22: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2023 – UGA Nutraceuticals/EUIPO – BASF (OMEGOR) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa OMEGOR – Marca figurativa anterior de la Unión OMACOR – 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. 286, de 14 de agosto de 2023.
211. Asunto T-496/22: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2023 – UGA Nutraceuticals/EUIPO – BASF (OMEGOR VITALITY) {«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión OMEGOR VITALITY – Marca figurativa anterior de la Unión OMACOR – 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. 286, de 14 de agosto de 2023.
212. Asunto T-645/22: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2023 – C. & S./EUIPO – Scuderia AlphaTauri (CS jeans your best fashion partner) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión CS jeans your best fashion partner – Falta de uso efectivo de la marca – Naturaleza del uso – Falta de uso para los productos para los que la marca está registrada – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 286, de 14 de agosto de 2023.
213. Asunto T-10/22: Sentencia del Tribunal General de 5 de julio de 2023 – Wajos/EUIPO (Forma de una botella) {«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de una botella – Motivo de denegación absoluto – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento

- (UE) 2017/1001} – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por el Tribunal General – Fuerza de cosa juzgada», DOUE, C, núm. 296, de 21 de agosto de 2023.
214. Asunto T-27/22: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2023 – Innovaciones Cosmético Farmacéuticas/EUIPO – Benito Oliver (th pharma) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de Marca figurativa de la Unión TH PHARMA – Marca nacional figurativa anterior TH – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 304, de 28 de agosto de 2023.
215. Asunto T-487/22: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2023 – Multiópticas/EUIPO – Nike Innovate (Representación de dos formas geométricas negras) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa dos formas geométricas negras – Marcas de la Unión y nacional figurativas anteriores mó – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de perjuicio para el renombre – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 314, de 4 de septiembre de 2023.
216. Asunto C-396/23, LEGO Juris: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Hungria) el 29 de junio de 2023 – LEGO Juris A/S / «SZOTI» Ipari, Kereskedelmi és Szolgáltató Kft., DOUE, C, núm. 321, de 11 de septiembre de 2023.

PROPIEDAD INTELECTUAL

217. Asunto C-522/21, Saatgut-Treuhandverwaltung (KWS Meridian): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken – Alemania) – MS / Saatgut-Treuhandverwaltungs GmbH [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Protección de las obtenciones vegetales – Reglamento (CE) núm. 2100/94 – Excepción contemplada en el Artículo 14, apartado 3 – Artículo 94, apartado 2 – Infracción – Derecho de reparación – Reglamento (CE) núm. 1768/95 – Artículo 18, apartado 2 – Indemnización por daños y perjuicios – Cantidad mínima a tanto alzado calculada tomando como base el cuádruple del canon de la licencia – Competencia de la Comisión Europea – Invalidez], DOUE, C, núm. 164, de 8 de mayo de 2023.
218. Asuntos acumulados C-775/21 y C-826/21, Blue Air Aviation y otros: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de abril de 2023 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por la Curtea de Apel București – Rumanía) – Blue Air Aviation SA / UCMR – ADA Asociația pentru Drepturi de Autor a Compozitorilor

(C-775/21) y *Uniunea Producătorilor de Fonograme din România (UPFR) / Societatea Națională de Transport Feroviar de Călători (SNTFC) «CFR Călători» SA (C-826/21)* (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículo 3, apartado 1 – Comunicación al público – Concepto – Difusión de música ambiental – Directiva 2006/115/CE – Artículo 8, apartado 2 – Remuneración equitativa – Mera puesta a disposición de instalaciones – Equipos de sonorización a bordo de trenes y aeronaves – Presunción de comunicación al público), DOUE, C, núm. 205, de 12 de junio de 2023.

219. *Asunto C-628/21, Castorama Polska y Knor*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 27 de abril de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Sąd Okręgowy w Warszawie* – Polonia) – TB (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Directiva 2004/48/CE – Medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual – Derecho de información – Legitimación – Necesidad de demostrar con carácter previo la existencia de un derecho de propiedad intelectual), DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.
220. *Asunto C-159/23, Sony Computer Entertainment Europe*: Petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* (Alemania) el 15 de marzo de 2023 – *Sony Computer Entertainment Europe Ltd / Datel Design and Development Ltd, Datel Direct Ltd, JS*, DOUE, C, núm. 223, de 26 de junio de 2023.
221. *Asunto C-290/21, AKM (Oferta de paquetes vía satélite en Austria)*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de mayo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Oberster Gerichtshof* – Austria) – *Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger Reg. Gen. mbH (AKM) / Canal+ Luxembourg Sàrl* (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable – Directiva 93/83/CEE – Artículo 1, apartado 2 – Comunicación al público vía satélite – Concepto – Proveedor de paquetes vía satélite – Emisión de los programas en otro Estado miembro – Lugar del acto de explotación mediante el que dicho proveedor colabora en tal comunicación), DOUE, C, núm. 252, de 17 de julio de 2023.
222. *Asunto C-426/21, Ocilion IPTV Technologies*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 13 de julio 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Oberster Gerichtshof* – Austria) – *Ocilion IPTV Technologies GmbH / Seven. One Entertainment Group GmbH, Puls 4 TV GmbH & Co. KG* [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos de autor en la sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Artículo 3 – Derecho de comunicación al público – Artículo 5, apartado 2, letra b) – Excepción denominada de «copia privada» – Proveedor

de un servicio de «Internet Protocol Television» (IPTV) – Acceso a los contenidos protegidos sin autorización de los titulares de derechos – Grabadora de vídeo en línea – «Volver a ver» en diferido – Técnica de deduplicación], DOUE, C, núm. 321, de 11 de septiembre de 2023.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

223. **Asunto C-453/21, X-FAB Dresden: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de febrero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht – Alemania) – X-FAB Dresden GmbH & Co. KG / FC [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 38, apartado 3 – Delegado de protección de datos – Prohibición de destitución por el desempeño de sus funciones – Exigencia de independencia funcional – Normativa nacional que prohíbe la destitución de un delegado de protección de datos sin causa grave – Artículo 38, apartado 6 – Conflicto de intereses – Criterios], DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.**
224. **Asunto C-560/21, KISA: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de febrero de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht – Alemania) – ZS / Zweckverband «Kommunale Informationsverarbeitung Sachsen» KISA, Körperschaft des öffentlichen Rechts [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 38, apartado 3 – Delegado de protección de datos – Prohibición de destitución por el desempeño de sus funciones – Exigencia de independencia funcional – Normativa nacional que prohíbe la destitución de un Delegado de protección de datos sin causa grave], DOUE, C, núm. 112, de 27 de marzo de 2023.**
225. **Asunto C-349/21, HYA y otros (Motivación de las autorizaciones de escuchas telefónicas): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de febrero 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Spetsializiran nakazatelen sad – Bulgaria) – HYA, IP, DD, ZI, SS (Procedimiento prejudicial – Sector de las telecomunicaciones – Tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad – Directiva 2002/58/CE – Artículo 15, apartado 1 – Limitación de la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas – Resolución judicial por la que se autoriza la interceptación, el registro y el almacenamiento de las conversaciones telefónicas de personas sospechosas de haber cometido un delito doloso grave – Práctica conforme a la cual la resolución se redacta en base a una plantilla preestablecida y carente de motivación individualizada – Artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Obligación de motivación), DOUE, C, núm. 127, de 11 de abril de 2023.**

226. **Asunto C-46/23, Újpesti Polgármesteri Hivatal: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Hungría) el 31 de enero de 2023 – Budapest Főváros IV. Kerület Újpest Önkormányzat Polgármesteri Hivatala / Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság, DOUE, C, núm. 127, de 11 de abril de 2023.**
227. **Asunto C-268/21, Norra Stockholm Bygg: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 2 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen – Suecia) – Norra Stockholm Bygg AB / Per Nycander AB [Procedimiento prejudicial – Protección de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 6, apartados 3 y 4 – Licitud del tratamiento – Presentación de un documento que contiene datos personales en el marco de un procedimiento judicial civil – Artículo 23, apartado 1, letras f) y j) – Protección de la independencia judicial y de los procedimientos judiciales – Ejecución de demandas civiles – Requisitos que han de cumplirse – Toma en consideración del interés de los afectados – Ponderación de los intereses en conflicto – Artículo 5 – Minimización de datos personales – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 7 – Derecho al respeto de la vida privada – Artículo 8 – Derecho a la protección de datos de carácter personal – Artículo 47 – Derecho a la tutela judicial efectiva – Principio de proporcionalidad], DOUE, C, núm. 155, de 2 de mayo de 2023.**
228. **Asunto C-21/23, Lindenapothke: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 19 de enero de 2023 – ND / DR, DOUE, C, núm. 155, de 2 de mayo de 2023.**
229. **Asunto C-65/23, K GmbH: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Alemania) el 8 de febrero de 2023 – MK / K GmbH, DOUE, C, núm. 173, de 15 de mayo de 2023.**
230. **Asunto C-34/21, Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main – Alemania) – Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer beim Hessischen Kultusministerium / Minister des Hessischen Kultusministeriums [Procedimiento prejudicial – Protección de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 88, apartados 1 y 2 – Tratamiento de datos en el ámbito laboral – Sistema escolar regional – Enseñanza por videoconferencia debido a la pandemia de COVID-19 – Aplicación sin el consentimiento expreso de los docentes], DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.**
231. **Asunto C-169/23, Másdi: Petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria (Hungría) el 17 de marzo de 2023 – Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság / UC, DOUE, C, núm. 205, de 12 de junio de 2023.**

232. Asunto C-300/21, Österreichische Post (Daños y perjuicios inmateriales relacionados con el tratamiento de datos personales): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de mayo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – UI / Österreichische Post AG [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 82, apartado 1 – Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de datos en infracción de ese Reglamento – Requisitos del derecho a indemnización – Insuficiencia de una mera infracción del citado Reglamento – Necesidad de la existencia de daños y perjuicios causados por la referida infracción – Indemnización por daños y perjuicios inmateriales consecuencia de tal tratamiento – Incompatibilidad de una norma nacional que supedita la indemnización por tales daños y perjuicios a la superación de un «umbral de gravedad» – Reglas de determinación de la indemnización por daños y perjuicios por los jueces nacionales], DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.
233. Asunto C-487/21, Österreichische Datenschutzbehörde y CRIF: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de mayo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht – Austria) – F. F. / Österreichische Datenschutzbehörde [Procedimiento prejudicial – Protección de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Derecho de acceso del interesado a sus datos objeto de tratamiento – Artículo 15, apartado 3 – Entrega de una copia de los datos – Concepto de «copia» – Concepto de «información»], DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.
234. Asunto C-60/22, Bundesrepublik Deutschland (Buzón electrónico judicial): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de mayo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden – Alemania) – UZ / Bundesrepublik Deutschland [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 5 – Principios relativos al tratamiento – Responsabilidad del tratamiento – Artículo 6 – Licitud del tratamiento – Expediente electrónico relativo a una solicitud de asilo elaborado por una autoridad administrativa – Transmisión al órgano jurisdiccional nacional competente a través de un buzón electrónico – Infracción de los artículos 26 y 30 – Inexistencia de acuerdo que determine la corresponsabilidad del tratamiento y no llevanza del registro de las actividades de tratamiento – Consecuencias – Artículo 17, apartado 1 – Derecho de supresión («derecho al olvido») – Artículo 18, apartado 1 – Derecho a la limitación del tratamiento – Concepto de «tratamiento ilícito» – Toma en consideración del expediente electrónico por un órgano jurisdiccional nacional – Falta de consentimiento del interesado], DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.

235. **Asunto T-557/20: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2023 – JUR/SEPD [«Protección de datos personales – Procedimiento de compensación a los accionistas y acreedores a raíz de la resolución de una entidad de crédito – Decisión del SEPD en la que se declara el incumplimiento por la JUR de sus obligaciones en materia de tratamiento de datos personales – Artículo 15, apartado 1, letra d), del Reglamento (UE) 2018/1725 – Concepto de «datos personales» – Artículo 3, punto 1, del Reglamento 2018/1725 – Derecho de acceso al expediente»], DOUE, C, núm. 216, de 19 de junio de 2023.**
236. **Asunto C-247/23, Deldits: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Hungría) el 18 de abril de 2023 – VP / Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság, DOUE, C, núm. 235, de 3 de julio de 2023.**
237. **Asunto C-579/21, Pankki S: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de junio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Itä-Suomen hallinto-oikeus – Finlandia) – Procedimiento iniciado por J. M. [Procedimiento prejudicial – Tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículos 4 y 15 – Alcance del derecho de acceso a la información a que se refiere el Artículo 15 – Información contenida en los datos de protocolo generados por un sistema de tratamiento (log data) – Artículo 4 – Concepto de «datos personales» – Concepto de «destinatarios» – Ámbito de aplicación temporal], DOUE, C, núm. 278, de 7 de agosto de 2023.**
238. **Asunto C-252/21, Meta Platforms y otros (Condiciones generales del servicio de una red social): Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de julio de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Meta Platforms Inc., anteriormente Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Limited, anteriormente Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH / Bundeskartellamt [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Redes sociales en línea – Abuso de posición dominante por parte del operador de tal red – Abuso consistente en el tratamiento de datos personales de los usuarios de dicha red previsto en las condiciones generales del servicio de esta – Competencias de una autoridad de defensa de la competencia de un Estado miembro para concluir que dicho tratamiento no es conforme con ese Reglamento – Articulación con las competencias de las autoridades nacionales encargadas del control de la protección de los datos personales – Artículo 4 TUE, apartado 3 – Principio de cooperación leal – Artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letras a) a f), del Reglamento 2016/679 – Licitud del tratamiento de datos – Artículo 9, apartados 1 y 2 – Tratamiento de categorías especiales de datos personales – Artículo 4, punto 11 – Concepto de «consentimiento»], DOUE, C, núm. 296, de 21 de agosto de 2023.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

- 239.** Asunto C-618/21, AR y otros (Acción directa contra el asegurador): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 30 de marzo de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie – Polonia) – AR y otros / PK y otros (Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Seguro de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 2009/103/CE – Artículo 3 – Obligación de asegurar los vehículos automóviles – Artículo 18 – Acción directa – Alcance – Determinación del importe de la indemnización – Gastos hipotéticos – Posibilidad de supeditar el pago de la indemnización a determinadas condiciones – Venta del vehículo), DOUE, C, núm. 179, de 22 de mayo de 2023.
- 240.** Asunto C-236/23, Matmut: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 7 de abril de 2023 – Mutuelle assurance des travailleurs mutualistes (Matmut) / TN y otros, DOUE, C, núm. 296, de 21 de agosto 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

ARAKISTAIN ARRIOLA, Maitena: *La posición sucesoria del supérstite en el derecho inglés, en el sistema del código civil y en el derecho civil vasco*, Reus, Madrid, 2023, 453 pp.

Antes de comenzar a apuntar las muchas reflexiones que suscita la lectura de este libro querría destacar dos circunstancias que condicionan su contenido, una de índole objetiva y otra de carácter subjetivo.

El primer lugar debe advertirse que se trata de la publicación de una Tesis Doctoral en su integridad, lo que incide en su estructura y extensión. Es posible que con el ánimo comercial presente en la mayoría de las editoriales del mercado se hubiera instado a la autora a reducir un buen número de páginas, o centrarse en uno de sus capítulos, pero no es en absoluto desdeñable que se publiquen trabajos doctorales en su plenitud, especialmente cuando llevan aparejado un riguroso estudio y un tratamiento exhaustivo de fuentes; editarlo así dota al libro de una lógica intrínseca y de un orden interno que se pierde cuando «se quita de aquí y de allí». Resulta además comprensible que el doctor o doctora quiera que se publique la totalidad de su investigación y no solo una parte de esta con todo el esfuerzo previo que se ha llevado a cabo. Esta coyuntura justifica el armazón del trabajo, su orden, la presencia de conclusiones, la ingente bibliografía y el elevado número de citas de cada uno de los capítulos.

La segunda apreciación de interés es que se trata de una persona que ha recibido formación británica durante años, especialmente inglesa, y que ha trabajado en el mundo de la abogacía en diversos campos. Todo esto se traduce en un dominio sobre la temática de su estudio y del funcionamiento de las instituciones en otro ordenamiento. Como se verá, no es un análisis recurriendo al método comparado desde aquí, sino desde dentro, surgido de la práctica misma del Derecho que se aborda y del conocimiento y dominio de sus fuentes. Estas consideraciones se reflejan en el prólogo elaborado por su directora de tesis, la profesora Leire Imaz Zubiaur, cuya lectura recomiendo,

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

en el que además nos describe cómo Maitena Arakistain forma parte de una consagrada escuela de profesores de la Universidad del País Vasco conocida por todos, lo que sirve de homenaje y reconocimiento a quien fomentó la misma.

El texto se presenta muy bien escrito, se sigue con facilidad e interés, pudiendo mantener el lector atención constante aunque gran parte del mismo discurra por el contenido del Derecho inglés.

Adentrándonos ya en el trabajo se observa con claridad que se divide en tres partes diferentes, el Derecho inglés, el Código civil y el Derecho Vasco, como se evidencia en el título. La autora ha decidido mantenerlos separados, con una dedicación independiente a cada uno, aunque con algunas comparaciones al hilo de las explicaciones. En común tienen el propósito de abordar cuál es la postura sucesoria del «supérstite», protagonista que no solo es el habitual cónyuge viudo, sino también las parejas no casadas y sus diversas posiciones, bastante discordantes, ante los respectivos ordenamientos. Se parte de la observación de una voluntad por parte de los legisladores (o jueces) de querer mejorar su posición en el supuesto del fallecimiento del otro y desde esa perspectiva se trae a colación la presencia de la libertad de testar y las legítimas. En todo momento se analiza la familia tradicional junto con los nuevos modelos que demandan atención no siempre prestada, especialmente en el marco del Código civil. La confrontación de los tres ordenamientos escogidos nos hace transitar por modelos de regulación absolutamente diferentes, partiendo de idénticas situaciones a contemplar. Se confirma así la idea de que parece que en el ámbito sucesorio no existe una regulación sin fisuras, que es difícil decidirse por sistemas de legítimas férreas, por otros menos drásticos o por una supuesta libertad de testar que, como demuestra la autora, presenta no pocas quebras en cuanto a lo que siempre hemos entendido como sacrosanto principio propio del Derecho inglés. Sin duda es la primera parte del trabajo, la relativa al mencionado Derecho inglés la que presenta un mayor interés y por ella comenzaremos.

El capítulo dedicado al Derecho inglés es, en efecto, el que muestra un valor sobresaliente, no solo desde la particular observación de lo que se aprende con su lectura, que es mucho, sino para resituar la cuestión de la deseable libertad de testar, esgrimida en los últimos tiempos como un mantra, junto con las prestaciones a cargo del caudal hereditario en su justo contexto, presentando sus bondades pero al tiempo también sus inconvenientes, parte esencial del discurso que suele obviarse por quienes abogan por una defensa a ultranza de la libertad absoluta de testar. Estamos asistiendo desde hace algún tiempo a una pésima banalización del Derecho inglés (y de todos aquellos en los que se supone que existe libertad de testar) que no es tolerable en modo alguno. Por supuesto existen excepciones notables en la doctrina, pero no es sensato «importar» el derecho de alimentos inglés a cargo de la herencia, normalmente centrados en la alusión a las *family provision*, sin conocer siquiera el fundamento y funcionamiento práctico de tales instituciones. Como se refleja del estudio de Maitena Arakistain, no se trata solo de un tema de alimentos, sino de conjunción con la ausencia de régimen económico matrimonial en el Derecho inglés, de los mecanismos que permiten a uno de los integrantes participar en la titularidad de los bienes adquiridos por el otro, mediante institutos absolutamente ajenos y desconocidos para nosotros, o del tratamiento que se dispensa a la pareja en la sucesión testada y en la intestada; y sobre todo ello de un denodado propósito a lo largo de años de buscar la protección del súperstite con todo tipo de figuras que han ido desa-

rollándose con el tiempo. Para abordar con rigor la cuestión se lleva a cabo un estudio histórico sobre la evolución, tanto de la libertad de testar que sólo es plena durante un brevísimo periodo de tiempo, como del desenvolvimiento de la forma en que se ampara al supérstite con el ánimo de que no quede desprotegido en su situación económica personal por la muerte del causante. Se analizan separadamente las asignaciones al viudo a cargo del caudal hereditario que determinan sucesivas normas (sin consideración a que exista una situación de dependencia) y que merman o reducen sustancialmente los deseos expresados por el causante en el caso de que exista testamento, junto con otros expedientes que posibilitan el disfrute de la que era la vivienda familiar, así como el reconocimiento del derecho a obtener *family provision* a cargo de la masa hereditaria menguando notablemente su consistencia. A lo largo del libro se evidencia que la cuestión ha sido una constante preocupación para el legislador inglés con sucesivas intervenciones legislativas, debates, comisiones, informes, etc. Todo ello entroncado con la gran discrecionalidad que se reconoce a los jueces en su propio derecho que no deja de preocupar a los observadores jurídicos. Ahondaremos un poco en todas estas cuestiones, pero querría destacar que no es posible que queramos inspirarnos en un sistema tan complejo, con un poder y posición de los jueces absolutamente diferente de aquel a que estamos acostumbrados, con el claro límite de la ley que rige nuestro sistema, alejado de una discrecionalidad que no podemos llegar a imaginar qué consecuencias desencadenaría de importarse sin mayor reflexión. Es evidente que existe una judicialización que sigue a la muerte del causante (lo mismo que otros ordenamientos del *common law* obligan a complejos trámites y expedientes *post mortem*) que suponen un serio revés a lo que se malentiende como un sistema ágil y libre. La autora va destacando todas estas circunstancias, analizando sus ventajas, especialmente en cuanto a la protección que se dispensa al cónyuge o pareja, junto con sus serios inconvenientes, cuestionándose si su aplicación a nuestro sistema sería adecuada.

Creo que, al hilo del trabajo que se está gestando en el seno de la Comisión General de Codificación, en cuanto a la elaboración de una propuesta de supresión de las legítimas y otra alternativa de modificación, sería de extraordinario interés conocer de cerca el funcionamiento del ordenamiento inglés y el desarrollo práctico de las *family provision*, brindando este libro una ocasión magnífica para ahondar en su contenido. Estamos asistiendo a un debate en el que se predicán por muchos las bondades del mencionado Derecho y su veterana libertad de testar; no obstante, poco conocemos de la iniciativa prelegislativa en cuanto a su futuro e hipotético desarrollo concreto en el Código (a diferencia de la propuesta sobre la limitación de la responsabilidad del heredero sobre la que ya se van conociendo novedades). Provoca inquietud que el legislador decida apostar sin más por la supresión de las legítimas sin reflexionar siquiera sobre el coste social y económico que ello ocasionaría, especialmente en cuanto a la creciente judicialización de las sucesiones que provocaría, cuando por regla general y por el papel que juega el notariado español la sucesión acostumbra a discurrir por canales ajenos a los tribunales, siendo la litigación en la materia algo que afecta a aisladas tramitaciones sucesorias.

La autora va desgranando la posición, en muchos casos privilegiada del cónyuge viudo, en relación con la sucesión intestada y con las *family provision*. En el caso de no haber testamento es el cónyuge o pareja supérstite quien recibe las más de las veces la totalidad de los bienes hereditarios. Des-

pués de pagadas deudas y cargas, no solo le corresponde una asignación invariable, fijada en la cantidad de 270.000 libras, sino además la vivienda familiar en el caso de haberla adquirido en comunidad por supervivencia o mediante expedientes que facilitan el acceso a la misma, los bienes de uso personal y la mitad del haber restante en propiedad si concurre con descendientes. Es evidente que en no pocas ocasiones el derecho de los descendientes queda vacío de contenido, lo que no es bien valorado por la sociedad inglesa. La profesora Arakistain analiza las diferentes propuestas existentes para mejorar la posición de los descendientes, destacando la curiosidad de que algunas se aproximarían extraordinariamente a lo que nosotros consideramos legítimas. No obstante, a día de hoy, la única posibilidad que quedaría a los hijos sería acudir al reconocimiento de una *family provision*.

Es precisamente a esta figura a la que se dedica atención detallada, definiéndola como prestación alimenticia otorgada, a discreción de los tribunales, a ciertos familiares y personas dependientes del causante cuando la distribución hereditaria del patrimonio del finado da lugar a un resultado injusto o irracional. Sencillamente observando esta descripción de la institución resultan en mi opinión difícilmente asumibles en un nuestro ordenamiento: apreciaciones discrecionales, demostración de dependencia, y nuevamente valoración de posiciones como resultados irracionales e injustos. Excesivos motivos de litigiosidad incierta frente a unos tribunales que no tienen un oficio inveterado en resolver este tipo de reclamaciones. Es el juez quien modifica la libertad manifestada por el causante pudiendo considerar la misma irracional, resultando necesario que al testar repare este en los efectos de no haber realizado una previsión para el sustento de quienes de él dependían si quiere que su voluntad sea finalmente respetada. Tras analizar su evolución legislativa se detiene la autora en el estudio de los presupuestos de la figura, desde quienes pueden reclamarla, extensa línea de legitimados que sorprenderán al lector, incluyendo ex cónyuges o parejas, o personas y parientes mantenidos por el causante -si se me permite la licencia, al estilo de los familiares pobres, normalmente mujeres solteras, que viven a costa de los acaudalados tíos o hermanos que protagonizan novelas inglesas costumbristas- categoría que ha ido dando lugar a sucesivas precisiones, con una rica casuística que, por ejemplo permite incluir hijos de la pareja o cuidadores; cambiando los presupuestos exigibles según los casos en cuanto a la extensión dirigida a cubrir estrictamente o no las necesidades alimenticias. Después de centrarse en la legitimación se abordan con detenimiento en el libro las fases que debe llevar a cabo el juez sobre lo que significa una distribución hereditaria razonable o equitativa, seguida de una segunda fase discrecional en la que el juez, constatado lo primero, procederá a adoptar las medidas a dictar en el supuesto concreto para conseguir la pretendida equidad o razonabilidad, todo ello dentro de los parámetros que dispensa la ley y los estándares que recoge la norma según el solicitante. A nadie se le escapa la ínsita dificultad que presenta todo ello. En este intrincado camino se sirve la profesora Arakistain del análisis de las resoluciones de los tribunales en supuestos concretos y del tratamiento llevado a cabo por la doctrina sobre los presupuestos vistos en todos y cada uno de los supuestos, evidenciando la intrínseca complejidad del funcionamiento del tribunal aunando discrecionalidad con los parámetros y valoraciones que le suministran las normas en el ejercicio de una tarea ardua. Finaliza el capítulo con una recapitulación de la posición del viudo en el derecho inglés, verdadera posición de privilegio en comparación con otros familiares del causante, y del lugar del conviviente *superstite*.

En la segunda parte se recoge un análisis de la mucho más precaria posición de cónyuge, y la absoluta e inexplicable proscripción de la pareja no casada, en la regulación del Código civil. Se elige el estudio de esta situación por tratarse del derecho que rige en la mayoría de las sucesiones y que permanece anclado en un férreo sistema de legítimas, especialmente en el caso de presencia de descendientes. La postura en que quedará el viudo dependerá de la previsión que pueda haberse adoptado previamente, desde la elección del régimen económico de los esposos, la posible constitución de medios alternativos al testamento, o el juego de las disposiciones testamentarias del causante. Sin duda posible al respecto el trato dispensado cuando no hay testamento y no digamos del caso de haber elegido el régimen de separación de bienes dista mucho de los parámetros que deberían disciplinar su sucesión según las exigencias sociales. La situación de la vivienda familiar sin duda debe ser objeto de atención por el legislador, que tan solo si están casados en gananciales, recibe una atribución preferente en la disolución. La autora va analizando la precaria posición del cónyuge a lo largo de la evolución legislativa anterior y posterior a la codificación, haciendo notar la discordancia y lejanía de las normas en relación con la concepción actual de la familia, evidente desde hace décadas. Siguiendo el orden de la primera parte estudia por separado la posición en el caso de sucesión intestada de la diferente hipótesis de la presencia de testamento, fijándose en los expedientes que ofrece la interpretación del Código civil para paliar el rigor de la norma, a través del establecimiento de usufructo universal, con la *cautela socini* correspondiente, o de la fiducia sucesoria del art. 831 CC. Se continúa con el complemento de las reglas de régimen económico, como el art. 1321, y los mayores derechos derivados de la regulación de la sociedad de gananciales. Finaliza este segundo capítulo con un análisis de la incomprensible falta de reconocimiento de derechos a la pareja en la muerte del conviviente.

La tercera parte del libro se dedica a estudiar nuevamente la posición del viudo en esta ocasión ante el Derecho vasco. Tras un extenso recorrido por la evolución de este ordenamiento se llega al estudio de la Ley 5/2015, adentrándose en la posición actual que ocupa el cónyuge superviviente, junto con el tratamiento que se dispensa a la pareja no casada. Se trata de un estudio de interés, destacando la revisión legislativa dirigida a una simplificación de instituciones complejas y fragmentadas. Se adentra en la descripción de las modificaciones obradas en la sucesión forzosa, con el establecimiento de una legítima colectiva y acortada para los descendientes, que se conjuga con una atribución al viudo de un derecho de usufructo y un derecho real de habitación sobre la vivienda como exponentes de una renovada y sensata adaptación a la situación familiar actual, junto con el reconocimiento de alimentos para los hijos que queden apartados de la herencia y los necesiten. Como es habitual en todo el libro, diferencia la posición del viudo en la sucesión voluntaria, con una pormenorizada explicación del usufructo universal y la posibilidad de nombrar comisario al superviviente, dedicándose después a la sucesión legal; junto con instituciones propias del Derecho vasco a través de las reglas de familia, como sucede con la comunicación foral de bienes, cerrando un recorrido por todas aquellas figuras que permiten colocar al cónyuge o pareja, plenamente equiparados, en una situación mucho más ventajosa que la que ofrece el Código civil.

La monografía termina, como no podía ser de otra forma al recoger una Tesis Doctoral, con unas claras y precisas conclusiones sobre el profundo y riguroso trabajo llevado a cabo. Sin duda, se trata de un libro que aporta el

valor de adentrarse en una exposición documentada sobre ordenamientos que la profesora Maitena Arakistain domina perfectamente y que acerca al lector aligerando su complejidad, sin dejar de lado el rastro de un estudio profundo y bien documentado. Por todo ello me atrevo a considerar su lectura altamente recomendable, especialmente para quienes deseen contemplar el papel que juega una pretendida libertad de testar frente a lo que se consideran obligaciones familiares, que no pueden desaparecer a la muerte del causante para quienes ostentaban una postura de dependencia; así como para reflexionar sobre el papel que debe asumir el cónyuge o pareja en la sucesión de su consorte.

Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

LOOSCHELDERS, Dirk (traducción de Esther Gómez Calle): *Derecho de obligaciones. Parte general*, BOE, Madrid, 2021, 805 pp.

Este libro es continuador de una larga tradición en nuestro país: la de las traducciones de obras jurídicas alemanas, preponderantemente tratados y manuales. Es difícil, y podría ser objeto de estudio, determinar cuándo empezó dicha práctica. Pero en la mente de todos están una serie de traducciones que han sido obras de referencia en nuestra doctrina: las del Tratado de Ennecerus, Kipp y Wolff, traducido y comentado por Pérez González y Alguer, la del manual de obligaciones de Larenz, traducido por Santos Briz, la del casí mítico Derecho de sucesiones de Binder, en cuyos comentarios Lacruz ensayó *in nuce* el que luego sería su Derecho de sucesiones, y tantos otros. Esther Gómez Calle no había sido ajena a estos quehaceres, y de su labor, mano a mano con el profesor Miquel, había salido la magnífica traducción del Negocio jurídico de Flume—magnífica en origen y resultado—. Ahora, individualmente, ofrece la traducción al castellano del que quizá sea el manual de Parte general de obligaciones hoy más popular en Alemania, el de Dirk Looschelders.

«El Looschelders» ha sido un libro con éxito por muy diversas causas, y hay que agradecer a Esther Gómez Calle que lo haya vertido en castellano. Su primera edición se publicó en 2002, recién aprobada la conocida «modernización del Derecho alemán de obligaciones». Decidió hacerla sin comparaciones o reminiscencias del anterior Derecho, más allá de algunas referencias ocasionales. Con lo cual, la obra nació sin tributos al pasado ni arrastres conceptuales, con un sistema en cierto modo nuevo y con buenas dosis de frescura. Si a eso se añade que Looschelders es claro en su exposición y omnicomprendivo en su exposición—pues el original alemán se encuentra completado por otro tomo dedicado a la Parte especial de obligaciones y contratos—, se entiende que la obra haya contado con el favor de estudiantes y aplicadores jurídicos. Ediciones anuales desde 2002 dan testimonio del éxito.

La que el BOE ha publicado con generosidad editorial (también en lo referente al tipo de letra: las apretadas quinientas páginas alemanas se convierten aquí en ochocientas) es la decimoséptima edición alemana, prologada en julio de 2019. Puede decirse que es Derecho civil alemán a día de hoy, pues no ha habido cambios reseñables en su Derecho de obligaciones desde

entonces, más allá de algún ocasional ajuste en el Derecho de consumo. La obra destaca por varias cosas: la continua referencia a los párrafos del Código civil alemán –una práctica, conviene decirlo, muy habitual en sus manuales–, pero también el amplio empleo de bibliografía y jurisprudencia, y la exposición de pequeños casos que ayudan a comprender los problemas planteados. Además, puede decirse que Looschelders adopta una perspectiva problemática, como refleja el amplio tratamiento de la patología contractual y sus remedios, a los que dedica quizá la parte más central del libro (pp. 273-473). Como curiosidad puede reseñarse que en las páginas finales del libro figura un breve anexo con ciertos casos de examen de la asignatura de obligaciones y un esbozo de sus respuestas: no se olvide que, desde el primer curso de su licenciatura en Derecho –que, con inteligencia, los responsables de la política universitaria alemana han sabido dejar al margen del malhadado «proceso de Bolonia»–, los alumnos alemanes adquieren la práctica de examinarse única y exclusivamente sobre supuestos prácticos, que deberán resolver con ayuda de textos legales.

Lógicamente, el manual de Looschelders presenta flancos a la crítica. El que lo compare con el de Medicus, que tradujo Martínez Sarrión, echará en falta los conocimientos de Derecho romano e historia con que contaba aquél otro. Looschelders, con su continua cita de textos legales, puede pecar a veces de legalista. Pero lo que ofrece es Derecho alemán vigente, y además normalmente opinión mayoritaria.

En cuanto a la traducción, no cabe sino decir que Gómez Calle vuelve a demostrar su perfecto manejo, no sólo de la lengua alemana, sino también de la española. Consigue siempre emplear el término técnico castellano que es reflejo del alemán, sin producir ese efecto de reiteración de palabras habitual en el traductor poco avisado. Hay que felicitarla por haber llevado a cabo esta «puesta al día» del Derecho alemán de obligaciones ante el lector español. Ciertamente, como dijera Garrigues, las instituciones jurídicas de un país no pueden importarse como si se tratara de tractores o frigoríficos. Pero el confrontar el propio sistema con uno de tanta calidad como el alemán, si se realiza con inteligencia y actitud crítica, puede obligar a repensar soluciones nacionales no siempre bien depuradas.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: *El dolo testamentario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 144 pp.

Si el acto de disposición *mortis causa* que es el testamento ha sido, desde la etapa codificadora, un eje central del Derecho sucesorio, el régimen jurídico y las consecuencias del dolo que lo vicia siguen siendo un grave problema de las liberalidades. Prueba de ello son las numerosísimas resoluciones judiciales recaídas sobre la cuestión, que precisan las notas y requisitos que ha de reunir y sus variedades. Y la materia parece haber crecido en interés como resultado de la actual evolución de la sociedad. En ese contexto se presenta el libro del profesor Miguel Ángel Pérez Álvarez, catedrático de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Coruña.

En el modo de abordar las notas características y los requisitos del dolo testamentario el autor del libro destaca por dos aspectos de que me sirvo como introducción en el presente comentario. El primero se refiere a la rigurosa investigación de la disciplina del dolo contemplado en el Código civil. El segundo, a la detenida atención a la práctica judicial.

El autor, apreciado colega y admirado jurista, hace la distinción entre supuestos que pueden acarrear la nulidad del testamento doloso y otros que quedan excluidos. Reflexiones que se ajustan a variantes de tiempo y lugar, como captación y su gestión en la delimitación del dolo (materia que el profesor Cossío deslindó en un memorable artículo en esta misma revista: Dolo y captación en las disposiciones testamentarias, ADC, tomo XV, 1962, pp. 277 y siguientes). El libro se ocupa en conjunto de las reglas generales y criterios particulares con una temática completa de profunda actualidad.

A la pregunta de a quién se imputa el dolo testamentario es posible responder –al hilo de la jurisprudencia–, que en el fondo depende de las posibles variaciones que se convierten en estrategias reprobadas del supuesto típico. El preferente enfoque de cuestiones sucesorias se apoya en criterios de interpretación que el autor maneja con maestría. La obra acopia criterios de aplicación que se proyectan en el ámbito personal y patrimonial de la atribución llevada a cabo. La referencia entre beneficio y perjuicio es significativa en la impugnación, a quién se imputa el dolo, dónde cobra relieve la figura del tercero (capítulo segundo). En el tema de los sujetos se recoge también el problema del dolo en utilidad ajena, reiterado en numerosas resoluciones judiciales.

El profesor Pérez Álvarez examina con probada capacidad didáctica las cláusulas o disposiciones testamentarias debatidas, los efectos, los casos de impugnación, los aspectos del contenido como motivo determinante. El propio autor hace notar, considerándolo como «punto de partida», que el libro identifica el dolo testamentario con «palabras, artificios, fraudes o maquinaciones, utilizadas por un tercero que captan la voluntad del testador e inciden en las disposiciones empleadas». De una lectura detenida se desprende el problema de la identificación del tercero–¿quién es tercero?–, también determinante en materia sucesoria. Pues por más que en sede de contratos y en actos constitutivos de derechos reales la intervención de un tercero puede resultar más destacable, no debe olvidarse que el testamento recibe su ser propio y su verdad en la voluntad libre como acto unilateral.

En todo caso, analizando supuestos conflictivos puede advertirse que la delimitación jurídica del dolo es movедiza, con cambio de circunstancias político-sociales. En realidad, la actividad dolosa encubre una misma pregunta: ¿en qué consiste el dolo entre las anomalías de la voluntad y conductas de mala fe de un tercero? Desde luego el autor se enfrenta con un duro tema que se presenta en la práctica, con amplio espectro de decisiones ante los tribunales.

En el análisis detenido de la intención o conducta dolosa –fraude, engaño, estafa– se cobijan muy diversas razones que el autor no analiza en abstracto, sino que contempla en todo aquello que atrae al testador al otorgamiento. Son abundantes las cuestiones de imperiosa actualidad las que el autor del libro aporta a su consideración: maquinaciones, conductas relacionadas o identificables al dolo. En términos generales cualquier funesta artimaña, sospecha, la sacudida en el ámbito personal y patrimonial, con frecuencia solapada en conflictos familiares. Con frecuencia, cuando asoma un tercero escondido o

recóndito en el otorgamiento del testamento, detona el efectivo marco de libertad individual del testador.

La obra se estructura en ocho capítulos, distribuidos en 139 páginas. En su contenido desfila el amplio escenario de la tradición jurídica que en cada época adopta medidas de actualización, hasta nuestros días. Van pasando por las páginas el dolo, su definición y elementos, la correlación entre fraude y el engaño, la delimitación dolo-fraude. Por diversas circunstancias los supuestos de dolo disienten entre sí, por más que en la praxis significan una temática semejante. Mediante conductas cercanas al engaño o error, un tercero induce o atrae al causante. Los elementos subjetivos, la determinación objetiva de dolo y sus clases, afirmativo y negativo, bueno y malo, abarcan principalmente los cuatro primeros capítulos. Los tres siguientes se ocupan de sus presupuestos, requisitos y consecuencias. Finaliza el libro con la vertiente procesal las acciones de nulidad, desheredación y de indignidad.

Entre los elementos que facilitan la lectura de este libro destaca el método o la manera de exponer los problemas, que parte de lo general para llegar a lo concreto. Así se ve en la diferente interpretación del negocio testamentario y del contrato *inter-vivos*, y en el estudio de la analogía establecida por la jurisprudencia entre los artículos 1269, 1270, referidos al dolo específico contractual, y el artículo 673 del Código civil, sobre el dolo testamentario. Pero también en la consideración que se hace de reglas hermenéuticas y principios generales, que sirven para valorar con mayor perspectiva las particularidades en circunstancias de tiempo o lugar, los aspectos más o menos problemáticos de cada caso. Así, el principio *in claris non fit interpretatio*, planteado con especial relevancia en derecho sucesorio; la efectiva *mens testatoris* señalada en términos claros y precisos; la *voluntas testandi*, que admite pruebas extrínsecas. Las palabras y maquinaciones insidiosas, los hechos que de modo habitual envuelve la maquinación, han de constituir conductas dolosas, pues la vulnerabilidad por sí sola no supone hecho relevante. Y lo mismo pasa con la tendencia conservativa, que se manifiesta con especial significado en la voluntad del testador: en la duda, *melior est valeat quam pereat*, pero la eficacia del testamento, *favor testamenti*, queda pendiente de la voluntad del testador. Capacidad y libertad sostienen la *voluntas testandi*. Como acto volitivo el testamento enlaza dos polos: uno de modo directo, el principio de autonomía de la voluntad, la libertad de testar, y otro, la formalidad procesal requerida para el acto o promesa realizado. Las leyes de la lógica cumplen la función de fijar el alcance de la consecuencia jurídica prevista, y necesariamente han de ponderarse. Como se ve, siempre quedarán cuestiones abiertas para el debate, pero cualquier ulterior trabajo científico sobre el tema encontrará una acreditada guía de ciencia y de prudencia en la lectura del libro de Miguel Angel Pérez Alvarez. Un libro de excelente razonamiento jurídico.

José Antonio DORAL GARCÍA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Navarra

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 Pavia [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

MATHIEU, B.: «La Cour de cassation et l'art de la rhétorique», *RTD civ.*, 2023, núm. 1, pp. 45-62.

Estudio sobre la fuerza de los jueces de casación para convencer y describir las situaciones jurídicas. (R.A.R.)

MIMOUN, D.: «L'Académie française source de droit? À propos de la normativité des dictionnaires», *RTD civ.*, 2023, núm. 2, pp. 309-326.

El autor comienza analizando el origen de la Academia Francesa de la lengua y la considera como un órgano cuasi jurisdiccional. Esta Academia concurre con la Comisión de enriquecimiento de la lengua francesa, como el resto de jurisdicciones y ello hace que se vea como una forma moderna de normatividad. Así, la regla enunciada por la academia sobre un modelo de comportamiento prescrito, debido a la flexibilidad característica del derecho. (R.A.R.)

ZENETI-CASTAING, F.: «La jurisprudence révélee», *RTD civ.*, 2023, núm. 1, pp. 1-20.

Se analizan las implicaciones sobre la jurisprudencia de la difusión de las sentencias dictadas. (R.A.R.)

DERECHO DE LA PERSONA

ALBANO, S.: «La volontà del minorenne nelle scelte relative alla sua salute: l'art. 3 della L. 22 dicembre 2017 n. 219 alla prova della pratica sanitaria», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 603-625.

La autora examina de forma crítica la regulación existente sobre el consentimiento del menor en el ámbito sanitario, tomando como base su implementación en la práctica. La indagación sobre la aplicación concreta de la norma le lleva a constatar la existencia de diferencias en distintos tipos de actos médicos, en los que en la práctica se otorga una distinta relevancia a la voluntad del menor, frente a la previsión legal y ante las lagunas normativas. Pone igualmente de relieve la posible inconstitucionalidad de parte de la regulación en situaciones en las que la conciencia del menor sobre su enfermedad es equiparable a la de un adulto. (A.M.M.)

ALÙ, A.: «Il doppio volto di internet tra l'accesso e l'uscita e il paradosso della "trappola" digitale», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 626-648.

En el marco de la creciente importancia que supone Internet y el mundo digital en el ámbito de la convivencia social y de las relaciones personales y patrimoniales entre los individuos, el trabajo destaca la importancia de regular no solo un posible derecho de acceso a esta herramienta, sino igualmente un derecho de salida o desconexión, como las dos caras del ejercicio de una libre autodeterminación electrónica por parte de las personas. (A.M.M.)

BARTLETT, P.: «Re-thinking the Mental Capacity Act 2005: Towards the Next Generation of Law», *Mod. L. Rev.*, 2023, vol. 86, núm. 3, pp. 659-700.

Reestructuración crítica del *Mental Capacity Act 2005* bajo la constatación que, desde su creación, se han producido cambios fundamentales desde el punto de vista jurídico, social y académico. (A.F.)

BRUTTI, N.: «Cittadinanza *iure sanguinis* e grande naturalizzazione brasiliana», *NGCC*, 2023, núm. 1, pp. 77-85.

Artículo que, a partir de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 24 de agosto de 2022, núm. 15317, estudia los efectos del decreto brasileño de naturalización de extranjeros de 1889 sobre la transmisión de la nacionalidad italiana *iure sanguinis*. El autor critica aquel pronunciamiento en la medida en que impone al reclamante la prueba de que no se renunció a la nacionalidad italiana, en vez de exigir a la Administración probar dicha renuncia. (C.C.S.)

BRUTTI, N.: «Indebito utilizzo dell'immagine quale dato personale e tutela risarcitoria», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 651-658.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 23 de enero de 2023, núm. 2685, relativo a la indemnización de daños por inmisiones indebidas en

el derecho a la propia imagen. Este pronunciamiento se suma a la jurisprudencia precedente que niega la calificación de estos perjuicios como un daño *in re ipsa*, exigiendo la prueba de los perjuicios derivados de aquella infracción, aunque admitiendo la prueba de presunciones. (C.C.S.)

CASTEST-RENARD, C., y TURCI, A.: «“Caméras augmentées”: un danger pour les libertés lors des Jeux Olympiques et Paralympiques (et au-delà)», *D.*, 2023, núm. 22, pp. 1138-1141.

Los problemas que presenta la ampliación de imágenes en las libertades fundamentales durante el desarrollo de los Juegos Olímpicos para los participantes. (R.A.R.)

COSTA, A.: «Interessi protetti e presupposti applicativi nell'amministrazione di sostegno», *DFP*, 2023, núm. 1, pp. 213-226.

El trabajo contiene un análisis de la institución prevista en la legislación italiana para el apoyo de personas que se encuentran de forma temporal o permanente en una situación de necesidad que les impide gestionar sus propios intereses (*amministrazione di sostegno*). Se estudian los casos en que interviene esta figura (especialmente, en materia de emisión de consentimiento informado en el ámbito médico) y el criterio o interés que ha de guiar sus decisiones. (A.M.M.)

FEDERICO, M.: «Diritto alla cancellazione dei dati personali e comunicazioni elettroniche», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 554-565.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2022, *Proximus (Annuaire électronique public)*, C-129/21, ECLI:EU:C:2022:833, según la cual, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, los responsables del tratamiento de datos personales tienen el deber de disponer de mecanismos aptos para comunicar la revocación del consentimiento por el titular de los datos a otros interesados, en particular los motores de búsqueda. (C.C.S.)

GRILLO, E.: «Efficacia del diritto alla deindicizzazione: informazioni inesatte e valore informativo delle immagini “thumbnails”», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 539-553.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2022, *Google (Déréférencement d'un contenu prétendument inexact)*, C-460/20, ECLI:EU:C:2022:962, que abunda en el delicado equilibrio entre el derecho al olvido y la libertad de información y expresión. En esta sentencia, el TJUE especifica que los gestores de motores de búsqueda deben proceder a la desindexación de resultados cuando el reclamante pruebe la manifiesta inexactitud de los contenidos publicados, aunque no haya habido un pronunciamiento judicial que la declare. Asimismo, también resuelve que las formas de comunicación no verbales, como el uso de fotografías, pueden constituir una inmisión ilegítima en el derecho a la intimidad y no solo a la propia imagen. (C.C.S.)

GRILLON, G.: «Discernement et audition du mineur dans les procédures civiles», *D.*, 2023, núm. 3, pp. 132-136.

Capacidad del menor y la posibilidad de ser oído en todos los asuntos civiles donde tiene interés. Capacidad natural. (R.A.R.)

HENNETTE-VAUCHEZ, S.: «Liberté religieuse, discrimination et intersectionnalité (à l'envers). À propos du voile de l'avocate», *D.*, 2023, núm. 23, pp. 1183-1190.

La libertad de religión y la igualdad motiva problemas importantes en el ejercicio de la profesión, cuando quien ejerce la defensa es una abogada musulmana que porta el velo. (R.A.R.)

MIRABELI, S.: «La possession d'état revisitée une révolution juridique», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 11, pp. 9-11.

La jurisprudencia para constatar la posesión de estado acude a la separación entre la realidad sociológica y la verdad biológica. Esta separación incide en este ámbito y desestabiliza el derecho de filiación. (R.A.R.)

RUGGERI, L.: «La dicotomia dati personali e dati non personali: il problema della tutela della persona nei c.dd. dati misti», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 808-832.

El frecuente recurso en la práctica al tratamiento en diversos ámbitos (como el de la salud) de los llamados datos mixtos, que mezclan datos personales y no personales, pone en crisis la teórica dicotomía entre ambos tipos de datos y exige, a juicio de la autora, un análisis sobre la regulación del consentimiento al procesamiento de datos en la actual normativa. Aunque también sometidos a la protección del Reglamento europeo, se trata además de un tipo de datos que permite comprobar la capacidad de la Unión Europea de imponer fuera de sus fronteras su visión sobre la privacidad en el ámbito digital. (A.M.M.)

SCOTTO DI CARLO, M.: «La Corte di Cassazione definisce l'estensione territoriale dell'ordine di deindicizzazione», *NGCC*, 2023, núm. 2, pp. 254-268.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 24 de noviembre de 2022, núm. 34658, que aborda la extensión territorial del derecho al olvido. La *Corte* reconoce el derecho de las personas a exigir a un motor de búsqueda la desindexación de sus datos personales en todas las versiones del buscador, incluso las extraeuropeas, cuando así resulte de una adecuada ponderación con la libertad de información. Al hilo de la sentencia, también se aborda el derecho al olvido de los imputados o investigados por actos delictivos, contemplado en el artículo 64 *ter* del *Codice di procedura penale*. (C.C.S.)

PERSONA JURÍDICA

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AA.VV.: «Actes de colloque 14^e États généraux du dommage corporel», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. especial núm. 1 anual.

Estudios sobre el concepto de daños corporales, el papel del juez en este ámbito; daños y responsabilidad médica; la mediación cuando existen daños corporales; buenas prácticas y arbitraje; posibles sanciones. (R.A.R.)

AA.VV.: «Actes de colloque annuel de l'Association française pour le droit de la construction et de l'immobilier (AFDCI)», *RDI*, 2023, núm. 1.

Estudios sobre la licencia de construir; demolición del edificio; ejercicio de la acción contra el vendedor y el constructor. Aspectos de la economía circular y la energía: influencia en el arrendamiento y responsabilidad de las partes y el seguro. (R.A.R.)

— «Discussioni: Limite di finanziabilità del mutuo fondiario», *NGCC*, 2023, núm. 2, pp. 386-419.

Dentro de la segunda parte de este número, bajo la rúbrica «Discusiones», diversos autores abordan un tema común, en este caso los límites de financiación del *mutuo fondiario*. Constituye esta una modalidad de préstamo con garantía real sobre un inmueble que, por contraposición a otros préstamos hipotecario, solo permite financiar ciertas operaciones como la adquisición o rehabilitación de la residencia habitual del prestatario. Como regla general este préstamo no puede superar el ochenta por ciento del valor del inmueble, lo que ha suscitado dudas sobre las consecuencias de superar este límite respecto a la validez o calificación del contrato. Los autores analizan la solución dada por la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 16 de noviembre de 2022, núm. 33719, y el régimen de nulidad que debería aplicarse. (C.C.S.)

— «Discussioni: Ripetizione dell'indebito e vicenda Lexitor», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 685-717.

Bajo la rúbrica «Discusiones» se incluyen cuatro ensayos de distintos autores sobre la restitución de lo pagado indebidamente por el consumidor en contratos de crédito. Los cuatro artículos contrastan las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2019, *Lexitor*, C-383/18, ECLI:EU:C:2019:702, y de 9 de febrero de 2023, *Unicredit Bank Austria*, C-555/21, ECLI:EU:C:2023:78; así como la aplicación de dicha jurisprudencia europea en el ordenamiento interno a través de la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 22 de diciembre de 2022, núm. 263. (C.C.S.)

ALLIER, L.: «Limitation de la liberté d'expression et de communication par l'impératif de protection de consommateurs», *JCP G*, 2023, núm. 4, pp. 205-208.

La protección del contratante más débil, en materia de consumo, lleva a restringir por normas imperativas la libertad de expresión y contratación de la otra parte. (R.A.R.)

ALPA, G., «Il dialogo tra le Corti e la materia della responsabilità civile», *CI*, núm. 4, 2022, pp. 971-981.

El trabajo expone, en primer lugar, la influencia que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido sobre la Corte de Casación italiana en temas como el derecho a la intimidad personal de los famosos, la responsabilidad patrimonial del Estado por dilación indebida del proceso, o la lesión del derecho de propiedad como consecuencia de la doctrina de la «accesión invertida» (una suerte de «expropiación por usucapión» elaborada por la Corte a partir de la sentencia núm. 1464 de 26 de febrero de 1983). A continuación, el autor pone de manifiesto que esta influencia –o diálogo entre Cortes– se produce también entre los propios órganos jurisdiccionales italianos –v. gr. entre la Corte de Casación y el Consejo de

Estado–, así como entre tribunales de distintos Estados –v. gr. entre la Corte de Casación francesa y la italiana en materia de daños por «vida inapropiada» (*wrongful life*)–. (E.G.P.)

ASTONE, M. A., «*Digital Services Act* e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?», *CI*, núm. 4, 2022, pp. 1050-1063.

Trabajo puramente descriptivo en el que la autora da cuenta de las distintas iniciativas legislativas adoptadas por la Unión Europea para proteger los derechos fundamentales de los usuarios de servicios en la red. En concreto, el artículo se centra en el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información previsto en la «Directiva sobre el comercio electrónico» (arts. 12-15) y en el «Reglamento de Servicios Digitales» (arts. 4-10). (E.G.P.)

ASTONE, A.: «L'attività di vaccinazione contro il coronavirus tra scudi, risarcimenti ed indennizzi», *DFP*, 2023, núm. 1, pp. 191-212.

El artículo se centra en la posible responsabilidad de los profesionales médicos en relación con la actividad de vacunación contra el coronavirus. Para ello, lleva a cabo un análisis de las normas y jurisprudencia más reciente en la materia. (A.M.M.)

BACHELET, V.: «Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizioni non dominate delle piattaforme digitali», *NLCC*, 2023, núm. 1, pp. 39-85.

Comentario al artículo 33. L. 5 agosto 2022, núm. 118, que modifica el artículo 9, L. 18 giugno 1998, n. 192, para compatibilizarla con la Ley del Mercado y la Competencia de 2021, para proteger a las empresas del abuso de las grandes plataformas digitales. Visión de derecho comparado entre la normativa italiana y el ámbito supranacional y europeo en el marco de la Ley de Mercados Digitales. (M.R.D.R.)

BEHAR-TOUCHAIS, M.: «Fin de partie pour l'exigence de concentration des moyens en matière de clauses abusives», *JCP G*, 2023, núm. 12, pp. 613-617.

Primacía de la protección del consumidor frente a la concentración de acciones tanto por parte de los tribunales nacionales como europeos. La cláusula abusiva se anula por esa primacía y no se tiene en cuenta la existencia de más medios por las partes. (R.A.R.)

BEVIVINO, G., «Le Sezioni Unite e la discussa validità delle fideiussioni rilasciate dalle società di garanzia collettiva dei fidi», *CI*, núm. 4, 2022, pp. 982-1005.

Se trata de un comentario a la sentencia del pleno de la Corte de Casación italiana, número 8472, de 15 de marzo de 2022, que declaró válida la fianza otorgada por una sociedad de garantía recíproca (*confidi*) a favor de uno de sus socios para asegurar el pago de un crédito derivado de un contrato estimatorio. Para entender bien la importancia de este pronunciamiento, hay que tener en cuenta que en Italia existen dos tipos de sociedades de garantía recíproca: los *confidi* supervisados (también llamados *confidi maggiori*) y los no supervisados (conocidos como *confidi minori*). Los primeros pueden realizar cualquier actividad propia de un intermediario financiero (art. 106 *Testo*

Unico Bancario), pero han de estar inscritos en el correspondiente Registro público (art. 106 *TUB*). En cambio, los segundos únicamente tienen que figurar en un listado (*elenco*) gestionado por un organismo de Derecho privado, aunque su actividad está limitada a la prestación de garantías destinadas a facilitar la financiación de sus socios por parte de bancos y otras entidades que operan en el sector financiero (art. 13 d. l., núm. 269, de 30 de septiembre de 2003). Pues bien, la sentencia de la Corte de Casación entiende que, a pesar de esta limitación, la fianza otorgada por un *confidi minore* para asegurar un contrato no bancario es válida por dos razones: primero, porque no hay ninguna norma imperativa que lo prohíba expresamente; y, segundo, porque el otorgamiento de una fianza no es una actividad reservada a los intermediarios financieros. Sin embargo, el autor critica esta decisión en la medida en que, a su juicio, suprime *de facto* la diferencia entre las dos clases de sociedades de garantía recíproca. (*E.G.P.*)

BIVONA, E.: «Pluralità di debiti e regole sull'imputazione del pagamento», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 642-650.

Breve crítica a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 14 de septiembre de 2022, núm. 27076, relativa a las reglas de imputación de pagos en caso de pluralidad de deudas. Dicha sentencia habría incurrido en un error al aplicar a créditos derivados de un contrato de ejecución continuada o periódica como es el arrendamiento reglas propias de los contratos de ejecución diferida o fraccionada, lo que tiene especial relevancia en lo relativo a la imputación de pagos como en cuanto a la prescripción de las deudas. (*C.C.S.*)

BOLDURESCU, L.: «Estinzione anticipata dei contratti di credito immobiliare ai consumatori. Nota a margine di Corte giust. UE, causa C-555/21», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 517-525.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2023, *Unicredit Bank Austria*, C-555/21, ECLI:EU:C:2023:78, que se pronuncia sobre la extinción anticipada de los contratos de crédito celebrados por un consumidor para financiar la adquisición de bienes inmuebles. La autora contraponen este pronunciamiento a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019, *Lexitor*, C-383/18, ECLI:EU:C:2019:702, referente a la extinción anticipada de créditos de consumo en general, exponiendo las diferencias entre ambos tipos de crédito que justifican la limitación de los costes que el prestamista debe devolver al consumidor en los créditos inmobiliarios. (*C.C.S.*)

BONNEAU, Th.: «Détermination du point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité sanctionnant un manquement au devoir de mise en garde», *JCP G*, 2023, núm. 8-9, pp. 437-440.

Problemas del inicio del cómputo del plazo de prescripción en materia de responsabilidad por falta de cuidado o vigilancia. (*R.A.R.*)

BORTOLUZZI, S.: «Exercice en société des professions libérales règlementées: du changement dans la continuité», *JCP G*, 2023, núm. 8-9, pp. 424-428.

Problemas jurídicos sobre el ejercicio en forma de sociedad de las profesiones liberales. Cambios en materias de responsabilidad. (*R.A.R.*)

BRIZZOLARI, V.: «Il recesso senza giusta causa nel contratto di patrocinio degli avvocati», *NGCC*, 2023, núm. 1, pp. 5-14.

Artículo que, al hilo de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 25 de julio de 2022, núm. 13077, aborda el derecho del abogado al pago de sus honorarios en caso de desistimiento del contrato de representación legal con o sin justa causa, por contraposición a otros profesionales. (C.C.S.)

CARPINELLI, M.: «Il trasportato: da soggetto non estraneo alla circolazione alla tutela rafforzata», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 506-517.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 30 de noviembre de 2022, núm. 35318, que unifica la interpretación sobre la acción directa contra el asegurador que el artículo 141 del Código del seguro italiano reconoce al tercero no conductor perjudicado, en el sentido de que la misma también se aplica cuando en el siniestro no se ven involucrados otros vehículos. Con este pronunciamiento se adopta un cambio en cuanto a la *ratio* del precepto, que ya no se justifica por la necesidad de evitar que el pasajero víctima se vea perjudicado por el litigio entre los conductores sino por su consideración como sujeto débil, merecedor de una tutela reforzada. (C.C.S.)

CHAABAN, R.: «Le contrat de vente de cannabis thérapeutique a-t-il un “contenu licite”», *D.*, 2023, núm. 10, pp. 520-522.

Problemas jurídicos sobre la perfección del contrato de venta de cannabis terapéutico. ¿Licitud en los elementos esenciales: objeto, causa? ¿Afecta a su eficacia? (R.A.R.)

CHAIHLOUDJ, W.: «La percée de la responsabilité civile dans le droit des pratiques anticoncurrentielles», *RTD civ.*, 2023, núm. 1, pp. 21-44.

Responsabilidad civil cuando se ejercitan prácticas anticompetenciales en el ámbito de la contratación. (R.A.R.)

CHAVENT-LECLÈRE, A. S.: «Les brèches dans le secret professionnel des avocats. Le conseil constitutionnel ne censure pas!», *JCP G*, 2023, núm. 6, pp. 310-312.

El secreto profesional del abogado. Contenido y extensión de dicho deber profesional. La situación del abogado ante el Consejo constitucional ¿implica la ruptura del deber? (R.A.R.)

COLANGELO, M.: «La regolazione ex ante delle piattaforme digitali: análisis e spunti di riflessione sul Regolamento sui mercati digitali», *NLCC*, 2023, núm. 2, pp. 415-440.

Análisis de la regulación introducida por el Reglamento UE 2022/1925 de 14 de septiembre 22, sobre mercados digitales, que introduce una normativa *ex ante* garantista de la equidad del mercado del sector digital. Especial referencia a la compatibilidad de esta normativa con la regulación del Derecho de competencia. (M.R.D.R.)

CORSINI, F.: «La riforma dell' arbitrato nell' ambito del d. lgs. n. 149 del 2022», *RTDPC*, 2023, núm. 1, pp. 113-142.

Estudio de las novedades legislativas en materia de arbitraje, introducidas por el artículo 3, d. lgs. n. 149, 2022, especialmente en el ámbito de la inde-

pendencia de la figura arbitral, medidas cautelares y relación entre el procedimiento arbitral y el proceso judicial. (*M.R.D.R.*)

DE PAMPILIS, M.: «“Litigation funding”: i modelli di finanziamento del contenzioso tra luci e ombre», *NGCC*, 2023, núm. 2, pp. 451-464.

Análisis del contrato de *litigation funding*, en virtud del cual un tercero ajeno a la controversia se obliga a asumir los costes de litigación de una de las partes, quien a cambio se obliga a pagar una cantidad o un porcentaje del crédito resultante en caso de que se acojan sus pretensiones. Ante la propuesta de regulación del legislador italiano, el autor se plantea cómo dar cabida en el ordenamiento a este contrato, originario del sistema de *Common Law*, deteniéndose en su naturaleza, presupuestos y efectos sobre el derecho de defensa del cliente. (*C.C.S.*)

DESSUET, P.: «Autonomie du dol para rapport à la faute intentionnelle. La troisième chambre se range à l’analyse de la deuxième», *JCP G*, 2023, núm. 24, pp. 1156-1159.

El dolo como vicio del consentimiento contractual ha ido cambiando su función en la Corte de Casación. El autor analiza un nuevo giro respecto a la falta intencional de la parte contratante en la sala tercera de la Corte. (*R.A.R.*)

FACCIOLI, M.: «La tutela consumeristica dell’acquirente di un animale d’affezione», *NGCC*, 2023, núm. 2, pp. 232-240.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 6 de diciembre de 2022, núm. 35844, que reconoce la aplicación de la normativa de consumo sobre defectos de conformidad a la venta de animales de compañía por profesionales. El autor aborda la oportunidad de incluir a los animales en el concepto de bienes de consumo a efectos del artículo 128.2º del Código de consumo italiano y el carácter principal de sus normas frente a las reglas sobre saneamiento por vicios ocultos en animales del artículo 1469 *Codice civile*. (*C.C.S.*)

— «Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 732-743.

Análisis prospectivo del régimen de responsabilidad civil por los daños que podrían resultar de la aplicación a la medicina de la inteligencia artificial. El autor aborda la influencia que estas herramientas podrían tener en la responsabilidad individual de los doctores y en la de los centros médicos por defectos de organización, con especial referencia a la problemática del nexo de causalidad, así como la posible responsabilidad de los desarrolladores del sistema de inteligencia artificial utilizado. (*C.C.S.*)

FELD, G.: «L’Early Contractor Involvement: un schéma collaboratif accessible, efficace et facilement transposable en droit français», *RDI*, 2023, núm. 4, pp. 212-217.

La denominada *Early Contractor Involvement* es un sistema adoptado en Reino Unido a principios de los 2000, que implica una respuesta a los límites tradicionales de los esquemas de gestión de proyectos. Para las partes presenta numerosas ventajas, como la flexibilidad de los plazos, optimización de costes, innovación de soluciones y disminución de conflictos. Se adapta a los grandes proyectos que requieren soluciones únicas y a medida. Los construc-

tores franceses pueden adoptarlo como prueba de voluntarismo, madurez y confianza. (R.A.R.)

FLORENA, M.: «Il risarcimento del danno da rischio latente ed effetti della transazione tra il medico ed il paziente sulla struttura ospedaliera», *DFP*, 2023, núm. 1, pp. 227-247.

El autor estudia la difícil cuestión del cálculo del monto de la indemnización en el caso de riesgo de daños latentes, así como la incidencia de los posibles acuerdos de transacción que lleven a cabo al respecto el paciente y el profesional sanitario. (A.M.M.)

FORTI, V.: «Faute du créancier à l'égard de la caution: quelle incidence sur le rapport d'obligation?», *JCP G*, 2023, núm. 11, pp. 558-561.

La reforma de las garantías ha supuesto un cambio en la regulación de la fianza. El autor analiza la incidencia de la culpa del acreedor en la relación obligatoria y en la fianza como garantía. (R.A.R.)

GALGANO, F., «Le mobili frontiere del danno ingiusto», *CI*, núm. 1, 2023, pp. 3-29.

Como prólogo al siguiente artículo (*vid. infra* la reseña al trabajo de VISINTINI) y en homenaje al fundador de *Contratto e impresa*, la revista reproduce este artículo publicado en 1985 por Francesco GALGANO, en el que el maestro reflexionaba acerca de la expansión de la responsabilidad extracontractual en Italia: del resarcimiento por la lesión de un derecho subjetivo a la reparación por la lesión de un interés *meritevole di tutela*, pasando por la tutela aquiliana del crédito. (E.G.P.)

GALLAND, A.: «Vente d'un immeuble en l'état: comment articuler la garantie des vices cachés et la garantie décennale?», *RDI*, 2023, núm. 2, pp. 68-75.

Vicios ocultos y garantía decenal por vicios en la venta de bien inmueble. Aplicación de ambas garantías. (R.A.R.)

GALLO, P.: «Verso il superamento della sussidiarietà dell'azione di arricchimento», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 678-684.

Breve ensayo sobre la acción de enriquecimiento sin causa. El autor analiza las distintas concepciones de esta acción, centrándose en el modelo franco-italiano, que le atribuye un carácter subsidiario respecto de otras acciones resarcitorias. Sin embargo, advierte de la tendencia jurisprudencial a relativizar esta subsidiariedad, lo que considera acertado en la medida en que este requisito sería redundante al exigirse ya que el enriquecimiento sea injusto. (C.C.S.)

GARACI, I.: «Tutela risarcitoria conseguente al danno ambientale. Il danno all'immagine dell'ente territoriale», *NGCC*, 2023, núm. 1, pp. 122-136.

Artículo que, tomando como referencia la sentencia del Tribunal de Taranto de 27 de junio de 2022, aborda la oportunidad de indemnizar los daños a la imagen y reputación del *Comune di Taranto* derivados de las actuaciones contra el medioambiente y la salud de los ciudadanos de una sociedad mercantil en dicha región. Tras repasar la jurisprudencia sobre daños no patrimoniales causados a personas jurídicas, públicas o privadas, el comentario se centra en la naturaleza jurídica de los daños reputacionales

sufridos por la Administración Pública y la naturaleza colectiva de los intereses medioambientales. (C.C.S.)

GAROFALO, A. M.: «Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie», *NGCC*, 2023, núm. 1, pp. 86-101.

Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo de 2022, *Banco di Desio y otros*, asuntos acumulados C-639/19 y C-831/19, ECLI:EU:C:2022:395, a raíz de la cual se establece que, en procedimientos de ejecución forzosa basados en títulos ejecutivos, la falta de oposición del consumidor no impide al juez valorar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales. El comentarista defiende la jurisprudencia europea, repasando pronunciamientos previos en el mismo sentido y argumentando la compatibilidad del principio de cosa juzgada con el de efectividad del Derecho de la Unión Europea. (C.C.S.)

JEANNE, N.: «Extension de la prohibition de la transcription des correspondances de l'avocat à celles échangées avec un proche de son client», *JCP G*, 2023, núm. 5, pp. 268-271.

Estudio a propósito de la sentencia de Casación penal de 13 de diciembre de 2022, núm. 21-87435 por la que se prohíbe al abogado utilizar correspondencia relativa a información sobre el ejercicio del derecho de defensa. (R.A.R.)

KARILA, J.-P.: «Prescription des actions récursoires en garantie de vices cachés: vers la fin de la quadrature du cercle?», *JCP G*, 2023, núm. 17-18, pp. 866-868.

Las acciones de garantía en la compraventa, como toda acción, tienen un plazo de prescripción. El autor analiza los nuevos plazos previsto para los vicios ocultos. (R.A.R.)

— «Point de départ de la prescription des recours en garantie des constructeurs: demande de reconnaissance d'une créance ou d'un droit», *JCP G*, 2023, núm. 4, pp. 196-199.

Inicio del cómputo del plazo de prescripción en la acción contra el constructor por las garantías en la obra. ¿Qué tipo de derecho reclamamos? (R.A.R.)

LABARTHE, F.: «Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux: faut-il ériger la mixité en principe de qualification?», *D.*, 2023, núm. 11, pp. 559-562.

Uno de los problemas que se plantean actualmente en derecho francés es el de los contratos mixtos como categoría. ¿Es una nueva categoría contractual? ¿Y qué implica en este ámbito? (R.A.R.)

LAGELÉE-HEYMANN, M.: «Le professionnel dans le code civil?», *D.*, 2023, núm. 21, pp. 1075-1080.

El autor se cuestiona si el legislador del s. XIX pensó en el profesional como sujeto sometido a las normas del Código civil. Se analiza el concepto de profesional y las consecuencias normativas de la figura. (R.A.R.)

LAKSSIMI, T.: «Les opérations complexes dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux», *D.*, 2023, núm. 23, pp. 1130-1137.

Los contratos complejos o mixtos en el nuevo Anteproyecto de reforma del CC francés. Regulación y consecuencias. (R.A.R.)

LASSERRE CAPDEVILLE, J.: «Précisions sur le droit relatif aux opérations de paiement non autorisées», *JCP G*, 2023, núm. 5, pp. 274-276.

El autor analiza las operaciones de pago no autorizadas y señala algunas decisiones que saca de la normativa que lo regula. (R.A.R.)

— «Retour sur l'obligation du banquier de rétablir le compte bancaire du client frauduleusement débité», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 6, pp. 9-11.

Las operaciones de pago no autorizadas en las que el banquero tiene la obligación de restablecer rápidamente la cuenta de su cliente ante un fraude. Si no se respeta habrá sanciones. (R.A.R.)

LAZZARA, F.: «Consenso estorto tra nullità ed annullabilità del contratto», *NGCC*, 2023, núm. 1, pp. 21-33.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 31 de mayo de 2022, núm. 17568, que versa sobre la validez del contrato celebrado a raíz de un delito de extorsión. La Corte aplica un criterio sustancial o antiformalista y establece que, para determinar el régimen de nulidad aplicable al contrato celebrado en contravención de una norma penal, debe atenderse a la naturaleza pública o no de los intereses protegidos por aquella. (C.C.S.)

MAGGIOLO, M.: «Sulla disponibilità del rimedio risolutorio», *RTDPC*, 2023, núm. 1, pp. 93-112.

Estudio de la figura de la resolución contractual por incumplimiento, aplicando el principio de la autonomía privada. Derogación del modelo del artículo 1453 CC. Críticas y perspectivas de análisis desde distintos supuestos como la imposibilidad de cumplimiento y excesiva onerosidad sobrevenida. (M.R.D.R.)

MARCATAJO, G.: «L'ingiustizia del danno da Covid», *DFP*, 2023, núm. 1, pp. 278-301.

Una vez más, la situación creada por la pandemia muestra el choque o la dificultad de una aplicación automática de las normas jurídicas tradicionales. En este caso, se ponen de relieve los obstáculos a los que se enfrenta la institución de la responsabilidad civil desde la perspectiva del requisito del daño «injusto», propio del sistema italiano. (A.M.M.)

MATHEY, N.: «Point de départ de la prescription: la troisième chambre civile poursuit l'harmonisation prétorienne», *JCP G*, 2023, núm. 17-18, pp. 863-865.

¿Dónde ha de comenzar el plazo de prescripción? El cómputo debe ser igual en todos los casos, por lo que la sala 3.^a del Tribunal de casación adopta una norma de armonización. (R.A.R.)

MATTARELLA, A.: «Responsabilità degli enti e compliance globale. L'ammonizione degli ordinamenti nel contrasto al crimine d'impresa», *DFP*, 2023, núm. 1, pp. 386-410.

Ante las dificultades que plantea actualmente el mantenimiento de un modelo de control de las empresas centrado exclusivamente en el derecho nacional y ante la creciente globalización tanto de las compañías como de las consecuencias derivadas de sus actuaciones, la autora sostiene la necesidad de diseñar un modelo distinto para la responsabilidad corporativa, basado en la cooperación internacional y en la definición de estándares globales uniformes. Se ponen de relieve, no obstante, las dificultades de tal propuesta y los avances realizados al respecto por la ONU y la Unión Europea. (A.M.M.)

MEZZANOTE, F., y PARISI, G.: «La prova presuntiva del danno (-conseguenza) non patrimoniale», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 598-609.

Ensayo sobre el daño no patrimonial en la jurisprudencia italiana, con ocasión del auto de la *Corte di Cassazione* de 18 de noviembre de 2022, núm. 34602. Dicho auto es continuista con la jurisprudencia previa de la *Corte*, que califica los daños no patrimoniales como daños-consecuencia (conjunto de perjuicios que sufre la víctima en su esfera personal) y no como daños-evento (lesión de una situación jurídica relevante). Los autores plantean las dificultades de prueba y cuantificación y el juego de las presunciones en este ámbito, abogando por dejar a la discrecionalidad equitativa judicial la valoración de estos extremos. (C.C.S.)

MIGNOT, M.: «L'analyse civiliste de la substitution d'un assureur emprunteur choisi librement par l'emprunteur à l'assureur proposé par la banque», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 7, pp. 11-14.

Estudio sobre la Ley 2022-270, de 28 de febrero de 2022 sobre la promesa de contrato de seguro y la sumisión al banco por su aceptación o rechazo. (R.A.R.)

— «L'incidence de l'article L.113-2-1 du Code des assurances sur l'obligation du banquier d'éclairer», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 13, pp. 9-11.

Problemas de interpretación sobre el estado de salud del asegurado al contratar un seguro. La falta de datos en el examen médico debe cubrirse por el estudio del banco: adecuación de la garantía suscrita y riesgo que soporta. (R.A.R.)

MOLINIÉ, F.: «Le Code de déontologie et le règlement professionnel des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 17, pp. 15-18.

Entrada en vigor el 2 de mayo de 2023 del nuevo Código deontológico profesional que recoge los nuevos principios y deberes esenciales de la profesión. Implica una reforma importante que otorga mayor confianza. (R.A.R.)

MOYA, K.: «La contrepartie», *RTD civ.*, 2023, núm. 2, pp. 269-292.

Análisis de la contraparte del contrato. Situación, derechos y deberes. (R.A.R.)

NICOLLE, M.: «Le contrat conjoint esquisse d'un régime juridique», *D.*, 2023, núm. 11, pp. 563-570.

Régimen jurídico del contrato conjunto o mixto recogido en el Anteproyecto de Código civil francés. (R.A.R.)

ONESTI, A.: «Difetto di conformità e riparto dell'onere probatorio tra venditore ed acquirente», *NGCC*, 2023, núm. 1, pp. 14-21.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 15 de septiembre de 2022, núm. 17177, que determina el reparto de la carga de la prueba entre empresario y consumidor en casos de falta de conformidad de bienes de consumo en función del tiempo transcurrido desde la venta. (C.C.S.)

PALMERI, G.: «Danno non patrimoniale e responsabilità civile dei magistrati», *NGCC*, 2023, núm. 2, pp. 336-348.

El autor, al hilo de la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 15 de septiembre de 2022, núm. 205, que declara la inconstitucionalidad parcial del artículo 2 de la *Legge 117/1988*, analiza en profundidad la responsabilidad civil de los Jueces por daños causados en el ejercicio de su función con dolo o culpa grave. En su redacción original, dicha ley solo admitía de forma parcial la resarcibilidad de los daños no patrimoniales causados por los magistrados, lo que se decreta inconstitucional. El autor celebra esta solución y aboga por la indemnización de daños morales distintos de los que son consecuencia directa de una lesión de derechos fundamentales. (C.C.S.)

PEARL, S., y TEO, M.: «Justifying Concurrent Claims in Private International Law», *Cambridge L. J.*, 2023, vol. 82, núm. 1, pp. 138-170.

Los autores abordan, desde el punto del Derecho internacional privado, la posibilidad por parte del demandante de elegir entre reclamaciones contractuales y extracontractuales derivadas de los mismos hechos con diferentes consecuencias jurisdiccionales y/o de elección de la ley aplicable. Se presta particular atención al Derecho de *common law* y al de la Unión Europea (con referencia al Tribunal de Justicia) y se realizan interesantes razonamientos que parten de los pronunciamientos *Henderson v Merrett Syndicates Ltd.* –[1995] 2 A.C. 145– y de la sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2020, *Wikingerhof*, C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950. (A.F.)

PETRONIO, F.: «Sugli elementi qualificativi del contratto di transazione», *NGCC*, 2023, núm. 1, pp. 68-76.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 31 de agosto de 2022, núm. 15600, relativa a los elementos identificativos del contrato de transacción, esto es, la existencia de una *res litigiosa* y la realización de concesiones recíprocas entre las partes. El comentarista profundiza en ambos, subrayando incongruencias en la jurisprudencia de la *Corte*, además de cuestionarse si la incerteza o *res dubia* debe considerarse como un elemento separado de la transacción o se reconduce a la existencia de un conflicto. (C.C.S.)

PIAIA, F.: «La rendita vitalizia ex art. 2057 c.c., tra discrezionalità del giudice e criterio uniformi di calcolo», *NGCC*, 2023, núm. 1, pp. 49-61.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 25 de octubre de 2022, núm. 31574, que reafirma, de una parte, los presupuestos y parámetros para cuantificar la renta vitalicia como forma de indemnización de daños

permanentes no patrimoniales a la salud y, de otra, subraya los poderes discrecionales del juez en dicho cálculo. El autor recoge en este artículo los criterios y límites en la determinación de la renta vitalicia y se pregunta si serán eficaces o si, por el contrario, resultaría oportuna la elaboración de una tabla de coeficientes por el legislador. (C.C.S.)

PIRAINO, F: «La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online», *NLCC*, 2023, núm. 1, pp. 146-183.

Reflexiones sobre la necesidad de armonizar las legislaciones sobre mercado digital, en base a unos principios comunes que regulen los diferentes tipos de servicios de los proveedores *online*, con reglas de responsabilidad de los consumidores por conductas ilícitas y lesivas de los intereses de los proveedores digitales. (M.R.D.R.)

— «Sull’esecuzione del contratto secondo buona fede», *NGCC*, 2023, núm. 1, pp. 173-185.

Artículo que estudia el valor de la buena fe en sede contractual al hilo de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 7 de marzo de 2022, núm. 7358, relativa a un contrato nominalmente calificado de agencia pero que, en la práctica, conllevaba prestaciones más complejas de asistencia y asesoramiento. El autor distingue entre la buena fe interpretativa y la buena fe en la ejecución del contrato, profundizando por separado en ambas aplicaciones de aquel principio. (C.C.S.)

PONZANELLI, G.: «Danno da relazione parentale: tabelle giudiziali, ruolo della Cassazione e uniformità», *NGCC*, 2023, núm. 1, pp. 102-107.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 16 de diciembre de 2022, núm. 37009, que reconoce la legitimidad de las tablas milanesas de cálculo de los daños morales resultantes de la pérdida de la relación parental, sumándose así a las tablas romanas preexistentes. El autor critica la existencia de distintas tablas elaboradas por los diferentes tribunales regionales y llama a la *Corte di Cassazione* y al legislador a asumir una función de uniformización. (C.C.S.)

POZZANA, D.: «Éco-construction et droit: l’éco-durable peut-il être décennal?», *RDI*, 2023, núm. 5, pp. 276-283.

Los productos ecológicos han invadido todos los ámbitos, también el de la construcción. Dichos productos cambian el plazo de duración y su garantía. ¿Puede mantenerse la garantía decenal del constructor? (R.A.R.)

RAVENNE, S.: «Les risques dans les contrats translatifs. Critique de l’adage res perit domino», *RTD civ.*, 2023, núm. 2, pp. 293-308.

Los contratos translativos traen importantes riesgos o consecuencias para las partes. El autor analiza respecto a estos contratos el adagio «la cosa perece para su dueño» criticándolo, pues la cosa no perece, desaparece de su dominio. (R.A.R.)

RENDINA, C., «I volti della responsabilità “contrattuale”», *CI*, núm. 1, 2023, pp. 238-276.

La autora sostiene que la responsabilidad contractual es un fenómeno unitario, aunque asuma funciones tan dispares como la reparación del «daño»

consistente en la falta de cumplimiento o en el incumplimiento inexacto de la obligación principal y la indemnización de aquellos otros daños personales o patrimoniales que son consecuencia del incumplimiento de la prestación principal o de los deberes secundarios de protección. Pero ella misma se ve obligada a reconocer que entre la prestación de la *aestimatio rei* y la compensación de esos otros perjuicios «consecuenciales» subsiste una importante diferencia, como es la necesidad de acreditar, en estos últimos, el nexo causal, que estaría de más en el primer caso, por hallarse el daño *in re ipsa*. ¿No será que, en realidad, el cumplimiento por equivalente y el resarcimiento del daño son cosas distintas? (*vid.*, a favor de la distinción, LLAMAS, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid [La Ley], 2020; en contra, CARRASCO, Á., *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Navarra [Civitas – Thomson Reuters], 2021, pp. 1171 y 1172; y, para un análisis jurisprudencial de la cuestión, SÁNCHEZ CASTRO, J. D., «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?», *ADC*, 2010, fasc. IV, pp. 1725-1787). (*E.G.P.*)

ROTOULLIÉ, J.-C.: «La loi n.º 2023-175, du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables», *RDI*, 2023, núm. 5, pp. 268-275.

La protección del medio ambiente se ha impuesto en el ámbito de la construcción. Aquí, se discute la utilización de nuevos materiales y la colocación en los nuevos edificios de energías renovables. Problemas que presenta la ley 2023-175. (*R.A.R.*)

RUGGIERO, F.: «Arricchimento ingiustificato: sull'opportunità di una rilettura in concreto della clausola di sussidiarietà», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 497-506.

Comentario crítico al auto de la *Corte di Cassazione* de 20 de febrero de 2023, núm. 5222, relativo a un caso de enriquecimiento sin causa. La autora expone los presupuestos de esta figura y subraya su carácter subsidiario en abstracto, frente a la relativización operada por la *Corte* en este pronunciamiento al permitir acumular esta acción a cualquier otra principal basada en una cláusula general. (*C.C.S.*)

SALVI, C.: «L'occupazione abusiva di immobile. Qualche teoria di troppo per una soluzione persuasiva», *NGCC*, 2023, núm. 1, pp. 108-121.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 15 de noviembre de 2022, núm. 33645, que unifica la jurisprudencia en torno a los daños resarcibles por la ocupación ilícita de un bien inmueble. Tras repasar la jurisprudencia contradictoria de las secciones segunda y tercera, que discutían si la violación del derecho de propiedad comportaba por sí misma un daño *in re ipsa* o si era necesario acreditar el perjuicio sufrido, se analiza la solución de las secciones unidas, que distingue entre los daños consistentes en la privación del disfrute del inmueble y la ganancia frustrada por la ocupación. (*C.C.S.*)

SANTUCCI, M.: «Retroattività *Lexitor*. Note a margine di Corte cost. 22.12.2022, n. 263», *NGCC*, 2023, núm. 1, pp. 33-49.

Crítica a la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 22 de diciembre de 2022, núm. 263, que declara la inconstitucionalidad parcial del artículo 11

octies, párrafo segundo, del *Decreto-Legge* de 25 de mayo de 2021, núm. 73. Dicho decreto-ley adaptaba la normativa italiana en cuanto al reembolso anticipado de créditos al consumo a la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2019, *Lexitor*, C-383/18, ECLI:EU:C:2019:702, pero con eficacia *ex nunc*. La Corte declara inconstitucional dicha limitación temporal, dada la primacía del Derecho de la Unión Europea y el carácter retroactivo de la interpretación de sus normas, decisión que la comentarista critica. (C.C.S.)

SCOLA, S.: «Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica», *RDC*, 2023, núm. 2, pp. 334-360.

Reflexiones sobre responsabilidad civil médica por el uso de la inteligencia artificial en el diagnóstico a pacientes. Imputación de responsabilidad por errores algorítmicos de diagnóstico. Consentimiento informado del paciente. Tratamiento en el Derecho germánico y Propuesta de Directiva europea sobre responsabilidad por el uso de la inteligencia artificial. (M.R.D.R.)

SIRGIOVANNI, B.: «Lo Smart contract e la tutela del consumatore: la traduzione dei linguaggio naturale in linguaggio informatico attraerso il legal design», *NLCC*, 2023, núm. 1, pp. 214-234.

Reflexiones sobre “el Contrato Inteligente” que se ejecuta mediante la tecnología blockchain, en el que está presente el código de ejecución y la descripción del contrato entre profesionales y el consumidor. Análisis de las dificultades de traducir códigos binarios en lenguaje jurídico y de que los algoritmos o protocolos de conclusión y ejecución de contratos respeten las normas de tutela del consumidor. Necesidad de colaboración entre juristas, informáticos e ingenieros. (M.R.D.R.)

TESCARO, M.: «L’evoluzione del diritto della prescrizione: termini, decorrenze e cause di estensione», *RDC*, 2023, núm. 1, pp. 70-95.

Observaciones sobre la figura de la prescripción, términos y plazos, y su eficacia en el ordenamiento jurídico actual, a propósito de la actualización y reformas previstas en el Derecho de obligaciones europeo. (M.R.D.R.)

TOMMASINI, M.: «Green claim e sostenibilità ambientale. Le tutele ed i rimedi apprestati dall’ordinamento contro le pratiche di greenwashing», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 858-888.

Tras la reciente reforma del artículo 9 de la Constitución italiana para consagrar en él la protección de medio ambiente, de la biodiversidad y de los ecosistemas también en interés de las generaciones futuras; las empresas han desarrollado estrategias comerciales publicitarias que giran en torno al concepto de ecosostenibilidad (*green claims*), y que influyen en las elecciones de los consumidores conscientes de la importancia de los productos sostenibles. Frente a ello, la autora analiza cómo la ausencia de normativa complementaria que regule un control de la veracidad de esta publicidad ha llevado a su degeneración, dando lugar al fenómeno conocido como *greenwashing*, y propone la identificación de remedios frente a tal fenómeno para proteger a los consumidores. (A.M.M.)

TOURNAFOND, O.: «Faut-il élargir le domaine de la garantie des vices cachés dans la vente?», *D.*, 2023, núm. 7, pp. 349-356.

La garantía de vicios ocultos tiene un plazo muy corto que, en ocasiones, cuando aparece el vicio no es posible exigirla. El autor analiza la posibilidad de extender dicho plazo en los nuevos tiempos. (R.A.R.)

TRAVAGLINO, G. P.: «L'errore senza colpa e il danno psichico», *NGCC*, 2023, núm. 2, pp. 268-274.

Artículo que, sirviéndose de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 26 de octubre de 2022, núm. 31633, estudia la relevancia de la culpa en la responsabilidad civil extracontractual y profundiza en el concepto del daño psíquico, su naturaleza jurídica y las dificultades de su cuantificación. (C.C.S.)

VANINI, S.: «Violazione di norme pubblicistiche di tutela ambientale da parte del produttore e difetto di conformità al contratto del bene consegnato al consumatore: la corte di giustizia UE e il caso “dieselgate” (C. Giustiz. UE 14 julio 2022, in causa C145/20, Porsche inter auto e Volkswagen)», *RDC*, 2023, núm. 1, pp. 166-192.

Estudio jurisprudencial sobre el derecho de resolución contractual de los consumidores por falta de conformidad del bien acordado con empresa automovilística: violación del derecho ambiental establecido en la Directiva UE 2019/771 y Reglamento CE 2007/715, sobre sistemas de control de emisiones. (M.R.D.R.)

VISINTINI, G., «Deviazioni dottrinali in tema di danno ingiusto», *CI*, núm. 1, 2023, pp. 31-53.

Interesante ensayo en el que la Catedrática emérita de la Universidad de Génova vuelve a exponer su interpretación de la «injusticia» del daño indemnizable como requisito de la responsabilidad extracontractual (art. 2043 CC [cfr. art. 1902 CC]) (*vid.*, anteriormente, VISINTINI, G., *I fatti illeciti*, vol. 1, Padua [Cedam], 1987). Frente a lo que en su día sostuviera SCHLESINGER y todavía hoy mantienen otros autores (SCALISI, GRONDONA, etc.), el término «daño injusto» haría referencia, según VISINTINI, a la lesión de un interés digno de tutela y no debería entenderse como «daño injustificado», en el sentido de antijurídico (*vid.*, rechazando que la antijuridicidad sea un presupuesto de la responsabilidad civil, PANTALEÓN, F., «De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia», en PAZ-ARES (*et al.*) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo II, Madrid [Ministerio de Justicia], 1991, pp. 1993-1995]. Esto implica negar la tipicidad de los actos ilícitos, que –al igual que en Derecho español (*vid.*, de nuevo, PANTALEÓN, F., *loc. ult. cit.*)– no se limitan a la lesión de derechos subjetivos [cfr. §823(1) BGB], pero, al mismo tiempo, obliga al intérprete a establecer criterios que limiten la discrecionalidad del juez a la hora de seleccionar los intereses merecedores de tutela aquiliana. Y, en este punto, la autora se suma a la tesis de RODOTÀ (*Il problema della responsabilità civile*, Milán [Giuffrè], 1964, pp. 22 ss., 199 ss.), que interpretaba el «daño injusto» como la lesión de una situación jurídica relevante en violación del deber constitucional de solidaridad social (*vid.* la acertada crítica de TRIMARCHI, P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 3.ª ed., Milán [Giuffrè], 2021, pp. 33-35). (E.G.P.)

ZINNO, M., «Il *donation-based crowdfunding*: riflessioni sul dono in rete», *CI*, núm. 4, pp. 1104-1122.

Tras una breve introducción en la que se describe el llamado *crowdfunding*, la autora repasa los distintos tipos de microfinanciación colectiva que se han ido desarrollando en la práctica, para centrarse, después, en el basado en donaciones (*donation-based crowdfunding*). Este último compartiría rasgos con otros negocios jurídicos, tales como la donación modal o el *comitato* (suerte de híbrido entre asociación y fundación no reconocida, propia del Derecho italiano y regulada en los arts. 39 a 42 del c.c.), pero se caracterizaría por la presencia de un «ánimo de solidaridad». El trabajo termina con algunas propuestas regulatorias *de lege ferenda* (*E.G.P.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ALFONSI, D.: «Caparra confirmatoria e assegno bancario tra obbligo di comportarsi secondo buona fede e finzione di avveramento», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 525-532.

Artículo que, al hilo del auto de la *Corte di Cassazione* de 21 de noviembre de 2022, núm. 34641, reflexiona sobre el uso del cheque bancario como arras confirmatorias. Para salvaguardar su naturaleza real, se postula que la entrega del cheque implica la validez y perfección de las arras, pero posponiendo su eficacia al momento del cobro, cuando se entendería producida la tradición. (*C.C.S.*)

BELLIS, K.: «Unité de la prescription libératoire et de la forclusion (ou délais préfix ou déchéance)», *D.*, 2023, núm. 20, pp. 1035-1040.

La ejecución hipotecaria y la prescripción liberatoria, ¿van juntas? (*R.A.R.*)

BLOMQUIST, J.: «La notion de “public” en droit international du droit d’auteur et des droits voisins», *RIDA*, 2023, núm. 276, pp. 120-162.

El autor plantea el concepto de «público» como fundamental dentro del contexto de la propiedad intelectual, dado que delimita muchas de las facultades reconocidas a los autores y a los titulares de derechos conexos, como el derecho de comunicación o el derecho de distribución. Se analizan en un primer bloque de este artículo los distintos preceptos que se refieren al «público» en la normativa internacional, como el Convenio de Berna, el Convenio de Roma, el Acuerdo sobre los ADPIC, el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor, el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, y el Tratado OMPI sobre Interpretaciones Audiovisuales. En un segundo bloque, el autor desarrolla este tema tomando en consideración el Derecho de la Unión Europea, junto a la jurisprudencia del TJUE, y determinados ordenamientos nacionales (Francia, Alemania, Estados Unidos y Dinamarca). El autor acaba concluyendo que las disposiciones aclaran poco sobre el concepto de «público», cuya delimitación queda finalmente encomendada a los Estados y a la jurisprudencia. (*S.L.M.*)

CASSANO, G.: «Quantificazione del danno da violazione in internet del diritto d'autore», *Dir. Aut.*, 2023, núm. 1, pp. 9-30.

Estamos ante un análisis sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de Roma en su sentencia de 18 de octubre de 2022. Comienza el autor haciendo una distinción entre *hosting* activo y pasivo para, a continuación, centrarse en los criterios utilizados por el Tribunal a la hora de cuantificar el daño producido por las infracciones cometidas por estos prestadores a través de Internet, así como de la indemnización a pagar por el infractor. (*S.L.M.*)

DE ANGELIS, D.: «Un'analisi della ricezione italiana delle eccezioni e limitazioni obbligatorie introdotte dalla direttiva 2019/790/UE nel campo delle attività digitali di insegnamento, ricerca e accesso al patrimonio culturale», *Dir. Aut.*, 2022, núm. 4, pp. 610-630.

La autora comienza el artículo relatando el proceso de implementación de la Directiva 2019/790 en el Derecho italiano. El resto constituye un análisis de las excepciones que permiten el uso de obras y prestaciones sin autorización de los titulares de derechos, a cuya implementación en el ordenamiento interno de los Estados miembros obliga la directiva señalada. En particular: 1) la excepción sobre minería de textos y datos para fines científicos y para fines distintos de la investigación científica; 2) la excepción sobre actividades didácticas digitales y transfronterizas; 3) la excepción para la conservación del patrimonio cultural; 4) el régimen de las obras y prestaciones fuera del circuito comercial. (*S.L.M.*)

EVSEVA, O.: «La construction juridique de l'auteur au service de l'œuvre? (fin XIXe-début XXe siècle)», *RIDA*, 2023, núm. 275, pp. 127-178.

Se trata de un análisis sobre la construcción legal de la figura del autor desde finales del siglo XIX hasta comienzos del siglo XX, período en el que se produjo la democratización de la cultura y constituyó el punto de partida de la llamada «cultura de masas». Destaca la autora que, en este momento, en muchos países europeos la persona que explotaba una obra era vista como su autora, convirtiéndose la explotación en una condición para ser titular de los derechos. La autora explica cómo la comercialización de las obras creaba una asociación entre ellas y la persona encargada de la explotación, pudiéndose plantear dos supuestos: 1) la explotación por el autor propiamente dicho con el usuario comercial de la obra, asociándose a él, algo decisivo para reconocerle la titularidad de derechos de autor –apunta la autora cómo en determinadas ocasiones los autores carecían de los medios para explotar por sí mismos la obra, lo que producía una disociación entre los creadores y las obras–; 2) el usuario comercial asociado a una obra como su autor y titular de derechos. El concepto de «autoría» se vinculó a la comercialización de la obra y a la persona encargada de ello. La autora señala que se consideró autor a todo aquel que añadiera valor a la obra y estuviera vinculado a su comercialización de alguna manera. (*S.L.M.*)

FITZPATRICK, D.: «Complex Systems of Property: Change and Resilience After a Catastrophic Disaster», *Am. J. Comp. L.*, 2023, vol. 71, núm. 1, pp. 1-45.

El autor realiza un intento de comprensión de la resiliencia y el cambio de propiedad en sistemas afectados por desastres ambientales repentinos. Se ana-

lizan las variaciones del sistema de propiedad, haciendo particular hincapié en las teorías conceptuales que pueden aplicarse como pudieran ser, por ejemplo, los mecanismos de autoorganización y la estocasticidad. Las varias dinámicas implican reconfiguraciones impredecibles de las instituciones a medida que las categorías de costes de la propiedad adquieren o pierden importancia a lo largo del proceso, esto da lugar, en estas situaciones, a un sistema complejo de conceptualización y reestructuración de la propiedad. (A.F.)

GOTZEN, F.: «L'approche belge de la rémunération directe des auteurs et des artistes dans les cas de transmissions par plateformes numériques», *RIDA*, 2023, núm. 276, pp. 52-85.

El artículo constituye un análisis sobre el derecho de remuneración de los autores y de los artistas en el caso de que transmitan sus derechos en el marco de las plataformas digitales. En particular, cómo el Derecho belga ha transpuesto esta figura a partir de la Directiva 2019/790. El autor se muestra sorprendido y crítico con la transposición realizada por el legislador belga. Tras poner de manifiesto la situación previa a la transposición y un breve análisis de Derecho comparado, el autor se centra en el artículo 18 Directiva señalada, que regula esta cuestión. A continuación, apunta los criterios que deben tenerse en cuenta para una correcta interpretación de este precepto y relata la experiencia europea en lo que se refiere a derechos de remuneración. Finalmente, destaca la necesidad de este derecho para tratar de compensar adecuadamente a los autores y otros titulares de derechos a la hora de ceder sus derechos en el entorno digital. (S.L.M.)

KILGUS, N.: «Perpétuité des droits réels de jouissance spéciale: un régime (presque) achevé?», *JCP G*, 2023, núm. 16, pp. 816-818.

El autor considera trasnochado el carácter perpetuo de los derechos reales limitados de goce especial. Por ello, lo analiza y prevé nuevas posibilidades. (R.A.R.)

LAFAIX, J. F., y LEONETTI, R.: «L'attribution des titres domaniaux», *RDI*, 2023, núm. 3, pp. 140-149.

Atribución del dominio mediante distintos títulos y su alcance jurídico. (R.A.R.)

LASSERRE CAPDEVILLE, J.: «Clause de résiliation en matière de crédit immobilier: les difficultés liées aux justificatifs produits», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 14, pp. 12-13.

Previsión en todos los contratos de crédito inmobiliario de la resolución del contrato fundada en la aptitud del prestamista que disimula o falsifica información esencial al concluir el contrato. Dificultades de prueba. (R.A.R.)

LE GRAND, V.: «Le lotissement à l'heure de la sobriété foncière: plaidoyer pour la création d'une division-densification», *RDI*, 2023, núm. 6, pp. 332-340.

Problemas de la subdivisión de inmuebles durante la construcción. Creación de división y densificación cuando se inicia el desarrollo de un centro comercial y los problemas jurídicos que se plantean. (R.A.R.)

LE NORMAND-CAILLÈRE, S.: «Actions à la disposition de l'usufruitier à l'encontre du constructeur de l'ouvrage», *JCP G*, 2023, núm. 3, pp. 142-144.

Usufructo con facultad de disposición y facultad ejercitada por el usufructuario frente al constructor. (R.A.R.)

LEGGI, M.: «Spunti di riflessione sull'elaborazione creativa: una ricognizione delle norme e del diritto attraverso la storia e l'evoluzione delle note, degli stili musicali, del fraseggio e delle tecniche di improvvisazione e di espressione intellettuale», *Dir. Aut.*, 2022, núm. 4, pp. 631-655.

El autor reflexiona sobre la creación de obras musicales. En este artículo, se tratan temas como la creatividad y la transformación de la música moderna, la ardua tarea de la escritura musical, los requisitos que impone la técnica para crear este tipo de obras, sus características, los requisitos que deben cumplirse para que queden tuteladas por el derecho de autor, o las variaciones que pueden sufrir las obras musicales (añadidos, reducciones o compendios) y cómo afecta a su protección. A lo largo de este estudio, el autor analiza obras concretas de Bach, Albinoni e incluso de Los Beatles, entre otros, para determinar si se ajustan o no a los parámetros de protección de las obras musicales. (S.L.M.)

LOYSEAU DE GRANDMAISON, F.: «Les perquisition et saisies au sein des cabinets d'avocats: règles et réflexions pratiques», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 13, pp. 12-17.

Embargos y pesquisas en el despacho profesional. Regulación normativa estricta modificada por la Ley núm. 2021-1729, de 22 de diciembre de 2021. Garantías legales que invaden el secreto profesional del abogado. (R.A.R.)

MACALUSO, F.: «L'“Uomo Vitruviano” di Leonardo da Vinci per la prima volta in Tribunale», *Dir. Aut.*, 2023, núm. 1, pp. 1-8.

Se trata de un breve estudio sobre la sentencia del Tribunal Civil de Venecia, de 22 de octubre de 2022, sobre el uso de una reproducción de la famosa obra de Leonardo da Vinci en unos puzles comercializados al público. Tras poner de manifiesto los hechos, analiza el autor la legitimación pasiva y la ley aplicable al caso. Acaba el análisis con unas consideraciones sobre la sentencia. (S.L.M.)

MAZZONI, E.: «L'attuazione in Italia della Direttiva 2019/790UE sulla trasmissione dei diritti di utilizzazione spettanti agli autori e artista (interpreti o esecutori)», *NLCC*, 2023, núm. 2, pp. 295-328.

Análisis del D. lgs. 8 novembre 2021, n. 177, para la transposición de la Directiva 2019/790 UE, sobre la transmisión de los derechos de autor de autores e intérpretes, considerados la parte débil contractual. Remedios de tutela frente al incumplimiento de los derechos de autor. (M.R.D.R.)

MORETTI, M.: «Corte Costituzionale, sentenza n.º 149/2022: riflessi sulla duplice sanzione in tema di pirateria libraria (art. 171-ter e 174-bis L. 633/1941)», *Dir. Aut.*, 2022, núm. 4, pp. 588-609.

Este artículo supone un comentario a la sentencia señalada. Tras unas consideraciones de carácter general, el autor se centra en el objeto del caso y en los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Comienza centrándose en el principio de *ne bis in idem*, estudiando sus características, su evolución y el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia a la luz de la interpretación por el TJUE. Acaba el artículo con una reflexión sobre la doble sanción (penal y administrativa) que reciben las infracciones a los derechos de propiedad intelectual sobre el software, a la luz de la sentencia de la Corte Constitucional 149/2022. (S.L.M.)

MUSTO, A.: «La trascrizione dell'acquisto a causa di morte "per accrescimento"», *DFP*, 2023, núm. 1, pp. 330-354.

Sobre el análisis de un caso concreto, el trabajo se centra en el estudio del derecho de acrecer y de cómo se hace constar en el Registro una transmisión de inmuebles *mortis causa* que se produce en virtud de tal derecho. (A.M.M.)

MIGNOT, M.: «Le transfert de dette propter rem», *JCP G*, 2023, núm. 24, pp. 1151-1153.

Las obligaciones *propter rem* van unidas a la titularidad del inmueble, por ello, el autor analiza cómo se transmite tal obligación y la posición como deudor en que queda el nuevo adquirente. (R.A.R.)

PHILIPPE, G.: «Le droit moral... et sa destinée européenne», *RIDA*, 2023, núm. 275, pp. 179-240.

El autor estudia en este artículo los derechos morales de los autores y su futuro dentro del Derecho de la Unión Europea. En un primer bloque, detalla el autor la oposición que existe entre los dos tipos de derechos que componen el derecho de autor: los de carácter patrimonial y los de carácter moral. En un segundo bloque, analiza la inseparabilidad funcional que existe entre ambos. Según el autor, sería deseable una regulación armonizada de los derechos morales en la Unión Europea, con el fin de garantizarlos en este contexto cada vez más capitalista y donde el desarrollo tecnológico deriva, en muchas ocasiones, en una desprotección de los autores. (S.L.M.)

POLLAND-DULIAN, F.: «Brevetabilité et présentations d'informations», *D.*, 2023, núm. 9, pp. 468-473.

Presentación de información y el derecho de autor que nace de tal presentación. (R.A.R.)

PUDER, M., y RUDOKVAS A.: «Acquisitive Prescription of Artwork and Other High-Value Movable: A Comparative Case Study of Litigation and Legislation in Louisiana, Germany, and Russia», *Am. J. Comp. L.*, 2023, vol. 71, núm. 1, pp. 142-188.

Interesante estudio comparativo relativo a la prescripción adquisitiva de obras de arte y otros bienes muebles preciosos. Los autores abordan el tema centrándose especialmente en Luisiana, Alemania y Rusia. Se dedica particular interés a la relación entre dicha prescripción y el enriquecimiento injustificado, la carga probatoria en relación con la buena fe, y se aborda también la llamada doctrina del *tolling*, por la cual puede considerarse de una manera diferente el cómputo del tiempo si se cumplen determinadas condiciones. Se concluye que los tres sistemas difieren ampliamente en cuanto al funcionamiento de sus leyes de prescripción, aspecto que se traduce en un equilibrio diferente entre la protección de la propiedad y los efectos transformadores de la posesión a lo largo del tiempo. (A.F.)

RAPONE, D.: «De la régulation en matière de propriété littéraire et artistique: les pouvoirs de l'autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) en faveur de la protection de la création», *RIDA*, 2023, núm. 276, pp. 193-223.

En enero de 2022, se creó en Francia la Autoridad de Regulación de la Comunicación Audiovisual y Digital (ARCOM). El autor hace un estudio de

las competencias de este organismo: a) incrementar la preocupación entre los usuarios de Internet y promocionar la protección de las creaciones intelectuales; b) actualizar los pronunciamientos judiciales sobre deporte y cultura. En segundo lugar, el autor se centra en la cooperación existente entre ARCOM y las principales partes interesadas y las instituciones implicadas en la lucha contra las infracciones de los derechos de propiedad intelectual. En esta parte, analiza cómo se anima a los intermediarios a adoptar medidas para proteger los derechos y a unirse a las políticas antipiratería europeas e internacionales, cooperando con las distintas partes interesadas. (S.L.M.)

SCOLA, S.: «(Com) possesso e usucapione pro quota: un indagine per fallgruppen», *RDC*, 2023, núm. 2, pp. 361-386.

Análisis de las posibilidades de usucapir un bien por varios coposeedores y conseguir un derecho de propiedad por cuotas. (M.R.D.R.)

SIMLER, P.: «Le sûreté réelle constituée par un tiers n'est pas un cautionnement: fin de série?», *JCP G*, 2023, núm. 23, pp. 1120-1123.

Garantía real por tercero distinto al deudor de la obligación principal. Como garantía con un bien no puede calificarse de fianza. Consecuencias. (R.A.R.)

DERECHO DE FAMILIA

AA.VV.: «Actes de colloque 19^e édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine», *Gaz. Pal.*, 2023, número especial núm. 2 anual.

Estudios sobre el divorcio por consentimiento mutuo; liquidación del régimen matrimonial; documentos jurídicos y financieros en la separación; elementos al servicio de la familia; medidas de protección por violencia; tutela de los mayores; seguro de vida en la sucesión; homoparentalidad; aplicación del Convenio Bruselas II ter. (R.A.R.)

AZZARRI, F.: «Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: un'occasione mancata per la Consulta», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 610-623.

Comentario crítico a la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 27 de diciembre de 2022, núm. 269, relativa a los derechos de las personas transexuales. Dicha sentencia rechaza unas cuestiones de constitucionalidad sobre el artículo 1.26^o de la *Legge 76/2016*, en virtud del cual la rectificación del sexo de uno de los miembros de una unión civil conlleva la extinción inmediata de esta, sin posibilidad de convertirla en matrimonio, al contrario de lo que sucede cuando el cambio de sexo se produce constante el matrimonio, en cuyo caso se permite a los cónyuges optar por convertir su relación en una unión de hecho. El autor se lamenta de esta inadmisión y expone los indicios de inconstitucionalidad de aquel apartado. (C.C.S.)

BARGELLI, E.: «La circolazione del divorzio degiurisdizionalizzato in Europa. Il problema del confine tra decisione e atto negoziale», *RDC*, 2023, núm. 1, pp. 143-165.

Estudio jurisprudencial sobre el divorcio extrajudicial en Europa, notarial en España, por autoridad municipal en Italia, y la aplicación del Reglamento Bruselas II (M.R.D.R.)

BRIÈRE, C.: «Les trente ans de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale», *D.*, 2023, núm. 19, pp. 961-967.

Estudio sobre la aplicación del Convenio de la Haya en materia de adopción internacional, aplicación, defectos y aciertos. Situación actual y soluciones. (R.A.R.)

BUOCZ, T., y EISENBERG, I.: «Demystifying Legal Personhood for Non-Human Entities: A Kelsenian Approach», *Oxford J. Legal Stud.*, 2023, vol. 43, núm. 1, pp. 32-53.

Analizando las perspectivas jurídicas antitéticas de Nueva Zelanda y de la Unión Europea, el artículo se hace cargo de una posible teoría relativa a la personalidad jurídica para los no humanos mediante los razonamientos y perspectiva de la teoría de la personalidad jurídica de Hans Kelsen. (A.F.)

CAHN, N.; HUNTINGTON, C., y SCOOT, E.: «Family Law for the One-Hundred-Year Life», *Yale L. J.*, 2023, vol. 132, núm. 6, pp. 1691-1768.

Partiendo de la consideración de la existencia un cambio demográfico que incide sobre el modelo familiar contemporáneo, se observa cómo este último se ha modificado y ya no se basa necesariamente sobre un núcleo joven de sus miembros. Por ello se constata que resulta necesaria una nueva regulación del modelo familiar que ofrezca tutela también a adultos mayores que desean el apoyo del cuidado familiar, defendiendo que el Derecho de familia debe adaptarse a la “nueva vejez” debiendo garantizar los mecanismos legales eficientes en todo tipo de relación familiar, incluso en un contexto pluralista. Todo ello requiere una reforma sustancial dentro del Derecho de familia. (A.F.)

CANONICO, M.: «Affermazioni di principio e ripensamenti in tema di ordine pubblico», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 462-490.

El autor pone de relieve la contradicción existente entre dos recientes pronunciamientos de la *Corte di cassazione* y la doctrina establecida en 2014 en materia de reconocimiento de sentencias canónicas de nulidad matrimonial. En concreto, las recientes sentencias afirman que no opera el límite al orden público para el reconocimiento de sentencias canónicas de nulidad matrimonial en las que la convivencia duró más de tres años, cuando la causa de nulidad es similar a la prevista en la legislación civil. (A.M.M.)

CARBONE, E.: «Divorzio e affinità: una lacuna da colmare», *NGCC*, 2023, núm. 2, pp. 432-437.

Ensayo sobre el parentesco por afinidad y su supervivencia o no con posterioridad al divorcio. El autor repasa los argumentos a favor y en contra de mantener el parentesco, así como una tesis intermedia según la cual el divorcio extingue los derechos entre los parientes por afinidad, pero mantiene las prohibiciones, como el impedimento matrimonial con parientes afines en línea recta, y llama al legislador a colmar esta laguna normativa en vez de confiarla a la interpretación jurisprudencial. (C.C.S.)

CHEYNET DE BEAUPRÉ, A.: «La déclaration de délaissement libératrice du lien biologique de l'enfant?», *JCP G*, 2023, núm. 5, pp. 260-262.

Hijo biológico abandonado mediante la renuncia de tal lazo biológico. ¿Es posible? (R.A.R.)

CLERC-RENAUD, L.: «Quelle méthode d'évaluation du préjudice économique de l'enfant après le décès de l'un de ses parents divorcés?», *JCP G*, 2023, núm. 14, pp. 731-734.

La muerte de uno de los progenitores, cuando estos están divorciados, provoca una situación de desequilibrio patrimonial para el menor que recibía la pensión. El autor analiza como valorar el perjuicio económico ante tal pérdida. (R.A.R)

CORDIANO, A.: «Violenze assistite, domestiche e di genere nelle disposizioni del nuovo procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 649-679.

Se analizan de manera crítica las recientes reformas en materia de violencia doméstica y de género introducidas en relación con los menores y las familias. La valoración de la autora es, en conjunto, positiva. (A.M.M.)

DELLA BIANCA, M.: «L'interruzione dei rapporti con i nipoti non esclude il diritto di visita dei nonni», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 532-539.

Ensayo sobre la evolución en Italia del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos menores de edad. La autora toma como punto de referencia el auto de la *Corte di Cassazione* de 23 de noviembre de 2022, núm. 34566, según el cual la interrupción de dichas relaciones en el pasado no impide atribuir a los abuelos derechos de visita y comunicación, y concluye que no se trata de un derecho subjetivo incondicionado, sino de una posición jurídica subordinada al interés superior del menor. (C.C.S.)

DI NAPOLI, N.: «Una interpretazione ultra litteram dell'art. 2941, comma 1, n. 1 C.C.», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 508-528.

Se trata de un comentario de una reciente sentencia de la *Corte di cassazione*, que confirma que la prescripción opera respecto de una pareja separada legalmente, proponiendo con ello el autor una interpretación de la norma que se desvía de su tenor literal, pero que, a su juicio, se adapta mejor a la evolución social, cultural y legislativa de Italia en los últimos tiempos. (A.M.M.)

DOGLIOTTI, M.: «Protezione dei minori, diritto interno, giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo», *NGCC*, 2023, núm. 2, pp. 420-431.

Estudio de la protección de los menores que conjuga su posición en el orden constitucional italiano y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El autor aborda distintas cuestiones, como la filiación matrimonial y extramatrimonial, la custodia de los hijos, su derecho a ser oídos y la adopción, para concluir con un estudio en profundidad de la filiación en parejas del mismo sexo, desde sus orígenes hasta la regulación actual. (C.C.S.)

FERRANDO, G.: «Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite», *NGCC*, 2023, núm. 2, pp. 377-385.

Ensayo sobre la jurisprudencia italiana sobre la filiación de hijos nacidos por gestación subrogada en el extranjero. La autora compara la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 30 de diciembre de 2022, núm. 38162, con la de 8 de mayo de 2019, núm. 12193, y destaca que, si bien ambas califican esta práctica como una contravención del orden público italiano, en su pronuncia-

miento más reciente la *Corte* da relevancia al derecho del hijo al reconocimiento del vínculo con quienes han planificado su nacimiento e instaurado una relación afectiva, el cual puede encauzarse en estos casos particulares por vía de la adopción. (C.C.S.)

FREZZA, G.: «Appunti e spunti sul nuovo art. 145, comma 2, C.C.», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 680-697.

El trabajo se centra en el análisis crítico del nuevo párrafo 2 del artículo 145 del Código civil italiano, que prevé la intervención del juez para proteger la unidad familiar. El autor siembra dudas sobre la aplicabilidad efectiva de la disposición en la práctica (por ejemplo, en materias tales como la fijación de la residencia familiar), por su posible contradicción con la prohibición de determinar de manera heterónoma el contenido de decisiones personalísimas. (A.M.M.)

GIAIMO, G.: «La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 698-759.

El autor analiza el panorama jurídico italiano en materia de gestación por subrogación, incidiendo en las contradicciones e inconsistencias que se plantean entre la jurisprudencia de la *Corte di cassazione* y de la *Corte costituzionale* sobre la regulación de las relaciones familiares tras una gestación subrogada llevada a cabo en el extranjero. A la luz del examen de la normativa de otros ordenamientos en los que sí se permite este tipo de procedimiento, se propone una posible reforma de la Ley de 19 de febrero de 2004 que trata de proteger adecuadamente a los menores nacidos a través de estos métodos procreativos, al tiempo que respeta la dignidad de las mujeres gestantes. (A.M.M.)

HUNTINGTON, C.: «Pragmatic Family Law», *Harv. L. Rev.*, 2023, vol. 136, núm. 6, pp. 1501-1583.

Se realiza una panorámica sobre el rol del Derecho de familia en los Estados Unidos y las principales problemáticas relacionadas con su desarrollo en la época contemporánea. Se evidencia un método definido como pragmático que se desarrolla por los agentes del Derecho. Este método debería fusionarse en torno a un ideal fundamental del Derecho de familia con la finalidad de mejorar la tutela de los actores involucrados. Se proporciona una respuesta crítica, en la sección fórum, que observa cómo la metodología pragmática no refleja las experiencias de todas las familias (OLIVARES, M.: «The unpragmatic Family Law of Marginalized Families», *Harv. L. Rev. Forum*, 2023, vol. 136, núm. 6, pp. 363-383). (A.F.)

JOSLIN C., y NEJAIME D.: «How Parenthood Functions», *Colum. L. Rev.*, 2023, vol. 123, núm. 2, pp. 319-433.

Interesantísimo estudio estadounidense relativo a la conceptualización de la relación parental con el menor. Parte de la constatación que, si bien con diferentes nombres, dos tercios de los Estados reconocen la parentalidad basada en la relación *de facto* con el menor (*functional parent doctrine*) y que son los principales cuidadores del niño como alguna vez hacen abuelos y parientes. Se han recopilado y sistematizado de manera acuciosa las varias soluciones parentales mediante un estudio de casi setecientas sentencias que

abarca cuatro décadas (1980-2021). Se observa una tendencia homogénea a ofrecer soluciones que otorguen una solución de vida estable y segura para los niños. Se proporcionan parámetros para evaluar las diferentes decisiones y se ofrecen indicaciones para realizar la valoración de la carga probatoria adecuada para que un progenitor funcional obtenga el reconocimiento; asimismo, se aborda el tema de derechos y obligaciones que debe tener. (A.F.)

MARINI, R.: «La promessa di matrimonio: un istituto sul viale del tramonto», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 760-771.

Aunque la promesa de matrimonio parece una institución obsoleta en la actualidad, ofrece interesantes cuestiones jurídicas que son analizadas en este trabajo. En concreto, se indaga sobre las distinciones entre dos figuras frecuentemente confundidas, pero diferenciadas por la normativa italiana (el «dono» y la «donazione»), así como sobre la naturaleza de la responsabilidad derivada de la negativa a contraer matrimonio. (A.M.M.)

MICHELIN-BRACHET, H.: «La dissimulation en droit de la famille: un inexorable recul?», *RTD civ.*, 2023, núm. 2, pp. 255-268.

Los problemas jurídicos que plantea el encubrimiento de un miembro en el ámbito de la familia. ¿Implica un paso atrás? (R.A.R.)

MIRABAIL, S.: «Conjugalité et répression», *D.*, 2023, núm. 8, pp. 402-407.

Violencia familiar y matrimonio. Incidencia de la violencia y el maltrato en el ámbito conyugal y familiar. (R.A.R.)

PAVESI, G.: «Riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale ed (in)efficacia ostativa della convivenza coniugale in due recenti ordinanze di legittimità: una lettura sinnotica», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 490-508.

El trabajo se centra en el análisis de los principales puntos de los dos recientes pronunciamientos de la *Corte di cassazione* que parecen rechazar la doctrina asentada sobre la aplicación del límite del orden público como obstáculo al reconocimiento civil de sentencias canónicas de nulidad matrimonial cuando la convivencia haya durado más de tres años. (A.M.M.)

QUADRI, E.: «Il principio contributivo tra fisiologia e patologia della vita familiare», *NGCC*, 2023, núm. 3, pp. 659-667.

Ensayo sobre el deber de los cónyuges de contribuir a las necesidades familiares en el ordenamiento italiano, con especial énfasis en su relación con el régimen económico matrimonial y con su operatividad en casos de crisis matrimonial. (C.C.S.)

QUERZOLA, L.: «Ora il diritto è un fatto essenzialmente spirituale (...): l'ascolto del minore nel rito familiare riformato», *RTDPC*, 2023, núm. 1, pp. 45-61.

Análisis de la nueva visión del derecho del menor a ser oído en los procesos de Derecho de Familia: reforma introducida por el artículo 3. 33 D. lgs. n. 149 de 2022, con fundamento en el artículo 1.23 de la L. n 206, que prevé la introducción de nuevas disposiciones en el artículo 473 bis c.p.c., sobre reglas para el procedimiento en materia de personas, menores y familias. (M.R.D.R.)

ROZOT, C., y TESSIER, C.: «Le chef d'entreprise débiteur d'une prestation compensatoire», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 8, pp. 9-14.

Cuando uno de los esposos es dueño de una empresa con buena situación económica y se genera una crisis en el matrimonio, se acude al divorcio, corriendo un riesgo conyugal similar al empresarial. (R.A.R.)

SENIGAGLIA, R.: «Il dovere di rispettare i genitori nella coercibilità dell'ordinamento giuridico», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 833-857.

Este estudio indaga sobre la interpretación actual y sobre los perfiles del deber de los hijos de respetar a sus progenitores, contemplado en el artículo 315 del Código civil italiano. En esta línea, el autor propone una reinterpretación de los instrumentos de coerción para el cumplimiento de tal deber, que enlazan con el deber de alimentos impuesto legalmente conforme al principio de solidaridad familiar. (A.M.M.)

SESTA, M.: «La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle sezioni unite», *RDC*, 2023, núm. 2, pp. 387-408.

Estudio sobre el tratamiento jurisprudencial de la práctica de la gestación subrogada, a propósito de la sentenza delle Sezioni Unite n. 38162/2022, ante la prohibición jurídica por vulnerar principios fundamentales de la Constitución y el deber de protección del interés superior del menor. El recurso a la adopción como única vía legal. (M.R.D.R.)

SPADAFORA, A.: «Dal matrimonio dissolubile al patrimonio indissolubile: il radicarsi di un paradosso», *DFP*, 2023, núm. 1, pp. 355-385.

El autor analiza los difusos perfiles de la pensión compensatoria, con su doble componente de ayuda, por un lado, y de compensación entre los cónyuges o reequilibrio de la situación tras la disolución del matrimonio, por otro. A su juicio, la situación actual puede ser propicia para una redefinición normativa de la figura, ante la creciente intervención de la autonomía de la voluntad en la materia. (A.M.M.)

TANTILLO, G.: «Rapporti patrimoniali tra partners, accessione ed obbligazioni naturali: riflessione intorno i rimedi restitutori esperibili in tema di edificazione di immobili», *DFP*, 2023, núm. 2, pp. 435-462.

Cuando los miembros de una pareja de hecho deciden construir, con dinero de ambos, una vivienda sobre los terrenos que son propiedad de solo uno de ellos, se plantea un problema en relación con los derechos del otro miembro (pues la propiedad de la vivienda pasa al primero por vía de la accesión) que ha sido frecuentemente estudiado por la doctrina y la jurisprudencia italianas. Avanzando sobre esa materia, el artículo se centra en los posibles remedios jurídicos existentes para proteger al miembro de la pareja que empleó sus recursos económicos para la construcción, estableciendo una comparación con la misma situación en el caso de matrimonio. (A.M.M.)

DERECHO DE SUCESIONES

AMADIO, G.: «La struttura della collazione (e gli inconvenienti delle edizioni provvisorie)», *NGCC*, 2023, núm. 2, pp. 438-450.

Ensayo sobre la división hereditaria, con especial énfasis en la colación. Tras haber publicado una monografía en contra de la estructura clásica italia-

na de la colación, cuyas principales críticas recoge en este artículo, el autor explica las dificultades encontradas a la hora de construir una nueva explicación sobre los efectos de la colación, es decir, el título y el mecanismo por los que la misma tiene lugar, que propone reconducir a la inoponibilidad de la donación realizada en vida frente a otros herederos. (C.C.S.)

LAHER, R.: «Recel successoral et saisie d'un immeuble commun hypothéqué: quand l'orientation désorienté», *JCP G*, 2023, núm. 11, pp. 550-553.

Ocultación de herencia y embargo de edificio común hipotecado. La condena de un cónyuge por ocultación de herencia, de carácter ilícito, no afecta a la herencia: su pago puede continuarse con cargo a los bienes comunes. El juez de ejecución sólo deberá mencionar, en la parte resolutive de la sentencia orientadora, la cantidad retenida por concepto de deuda hipotecaria del perseguidor. (R.A.R.)

LEVENEUR, C.: «L'angle mort de l'exécution provisoire par le de cujus pour l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net», *JCP G*, 2023, núm. 1, pp. 16-19.

Comentario a la sentencia de la sala primera del Tribunal de Casación Civil de 12 de octubre de 2022, núm. 20-21016-PB.

MAIORANO, C.: «Digitalizzazione nelle relazioni umane e successione mortis causa», *DFP*, 2023, núm. 1, pp. 248-277.

Ante la creciente irrupción del mundo digital en las relaciones humanas, surgen nuevas cuestiones a las que el Derecho debe dar respuesta. Una de ellas es la que se plantea respecto del destino del conjunto de relaciones jurídicas e intereses que integran el llamado "patrimonio digital" en caso del fallecimiento de su titular, puesto que existen diversas alternativas en relación con su transmisión *post mortem* que no necesariamente se corresponden con las que ofrece el Derecho sucesorio. Se propone, de hecho, una distinción al respecto entre las situaciones subjetivas con contenido patrimonial y las más relacionadas con los bienes de la personalidad. (A.M.M.)

MASINI, L.: «L'assegno successorio per i figli non riconoscibili: un altro passo della Cassazione», *NGCC*, 2023, núm. 2, pp. 274-283.

Breve ensayo sobre los derechos de los hijos no reconocibles en el ordenamiento italiano, centrado especialmente en la reciente sentencia de la *Corte di Cassazione* de 26 de octubre de 2022, núm. 31672, que, avanzando en el sentido de resoluciones previas, les reconoce por primera vez el derecho a reclamar alimentos al progenitor biológico incluso tras su muerte, a cargo de su herencia. (C.C.S.)

TESCARO, M.: «Un passo avanti nella disciplina di curatela dell'eredità giacente e successione dello stato», *NLCC*, 2023, núm. 1, pp. 295-328.

Comentario del artículo 1 de la l. n. 178/2020 y el d. m. n. 128/2022, sobre la curatela de la herencia yacente y la sucesión del Estado. Críticas por dudar de su eficacia. (M.R.D.R.)

WHYTOCK, C. A.: «Situs and Domicile in Choice of Law for Succession Issues», *Tul. L. Rev.*, 2023, vol. 97, núm. 5, pp. 1181-1221.

En los conflictos de leyes estadounidenses, en virtud de la *Situs Rule*, las cuestiones relacionadas con bienes inmuebles se rigen por la ley del Estado donde se encuentra el bien inmueble. En sentido amplio, ésta se aplica por alguna parte de la doctrina también a otras áreas del Derecho, como el de familia, cuando se involucran tales tipologías de bienes. A esto se contrapone la regla (*Domicile in Choice of Law*) por la cual las cuestiones de sucesión que involucran bienes personales se rigen por la ley del domicilio del difunto en el momento de su muerte. Mediante varias argumentaciones, entre las cuales se encuentra la histórica, un análisis de las perspectivas de la política sucesoria, la planificación patrimonial y testamentaria, el autor defiende que la regla del domicilio es preferible a la *Situs Rule* para cuestiones sucesorias relativas a bienes inmuebles. En este sentido, tanto para bienes muebles o inmuebles debería aplicarse la ley del domicilio del difunto. (A.F.)

VARIA

AA.VV.: «La conciliation par le juge: vers quel horizons?», *JCP G*, 2023, núm. extra 24.

Estudios sobre la conciliación y el intento de acuerdo como previo al proceso judicial. Su evolución y situación en Francia y su situación en otros países de alrededor. (R.A.R.)

FRISON-ROCHE, M. A.: «La loi, la compliance, le contrat et le juge: places et alliances», *D.*, 2023, núm. 18, pp. 906-908.

Distintas formas de obligarse por una persona. Posición de cada una y posibles uniones entre estas formas. (R.A.R.)

NICO, A.: «Intelligenza artificiale: diritto morale e designazione di inventore», *NGCC*, 2023, núm. 2, pp. 227-232.

Comentario a la resolución de la Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes de 21 de diciembre de 2021, caso J 0008/20, que confirma la denegación de la patente solicitada para una invención producto de una inteligencia artificial. El autor repasa la doctrina que emana de dicha resolución, centrada en la imposibilidad de reconocer como inventor a una inteligencia artificial, además de abordar la posible aplicación futura por analogía de la disciplina de las personas con discapacidad a las inteligencias artificiales que no sean capaces de actuar por sí solas plenamente, requiriendo «medidas de apoyo». (C.C.S.)

SICCHIERO, G., «Il domicilio digitale», *CI*, núm. 4, 2022, pp. 1006-1049.

Es un trabajo interesante, aunque algunos de los problemas que se tratan son específicos del Derecho italiano y puede resultar poco útil para el lector español. En la primera parte (apdos. 2 y 3) se hace un repaso de la regulación del domicilio físico a lo largo del tiempo, y se apuntan los problemas que tradicionalmente ha planteado este concepto. La segunda parte (apdos. 4-10) se centra, en cambio, en el «domicilio digital», y aborda cuestiones tales como la posibilidad de tener varios domicilios digitales, los efectos de las comunicaciones realizadas en un domicilio digital distinto del elegido por el destinatario, etc. (E.G.P.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

FICI, A., «Tipo e *status* nella nuova disciplina dell'impresa sociale», *CI*, núm. 1, 2023, pp. 112-149.

En 2006, se aprobó en Italia el Decreto legislativo, número 154, de 24 de marzo, sobre la disciplina de la «empresa social». La norma tuvo un escasísimo éxito, entre otras cosas, porque no preveía incentivos fiscales para este tipo de empresas y porque establecía una prohibición absoluta de repartir dividendos. Por eso, el Gobierno decidió sustituirla, en 2017, por el Decreto legislativo, número 112, de 3 de julio. Esta otra disposición, más flexible, define a la empresa social como cualquier «entidad privada» que desarrolle con carácter estable y principal una actividad empresarial de interés general, sin ánimo de lucro y con fines cívicos, solidarios y de utilidad social, adoptando métodos de gestión responsables y transparentes y favoreciendo la más amplia participación de los trabajadores, usuarios y demás interesados en sus actividades (art. 1). Así, pues, la empresa social no es un «tipo» de ente jurídico, sino una «condición» que pueden asumir varios tipos de entes (sociedades, asociaciones, fundaciones, etc.) por el hecho de desarrollar una determinada actividad. El trabajo analiza las características que debe reunir dicha actividad y el régimen jurídico aplicable a estas empresas que operan en el denominado «tercer sector». (*E.G.P.*)

MOURY, J.: «L'apport rémunéré par l'attribution de titres donnant seulement accès au capital sur fond de requalification de vente en apport», *D.*, 2023, núm. 1, pp. 22-26.

Aportación de títulos que permiten el acceso sobre fondos de recualificación de la venta. Requisitos y consecuencias jurídicas. (*R.A.R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

AA.VV.: «Les nouveaux défis lancés á la gouvernance des sociétés», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. especial extraordinario 3 anual.

Estudios del coloquio celebrado sobre el gobierno de las empresas. Intervención del legislador; órganos; el consejo de administración; el control interno y externo. (*R.A.R.*)

CHAGNY, M.: «La preuve de la (non) répercussion des surcoûts subis par la victime de pratiques anticoncurrentielles entre présomption légale à venir et présomption judiciaire», *JCP G*, 2023, núm. 3, pp. 152-156.

Los sobrecostos sufridos por la víctima de prácticas de competencia desleal y la imposibilidad de prueba. ¿Hay posibilidad de presunción? (*R.A.R.*)

COTILLO, G., «*Russian roulette clause* e arbitraggio della parte: profili di validità e suo (lecito) esercizio», *CI*, núm. 1, 2023, pp. 309-349.

La llamada «ruleta rusa» es un mecanismo contractual destinado a evitar la disolución de las sociedades paritarias (*i. e.*, con dos socios al cincuenta

por ciento) por paralización de los órganos sociales (art. 2484.3 CC [cfr. art. 363.1, letra *d*), LSC]). Consiste en darle a uno de los socios la facultad de determinar el precio de las acciones o participaciones y al otro la de elegir entre vender las suyas o comprar las de aquél por ese precio. De esta forma, se garantiza una valoración justa, porque al que le corresponde hacerla se arriesga a quedarse corto y perder vendiendo o a pasarse y perder comprando (de ahí la referencia al macabro juego). El artículo comenta la sentencia de la Corte de Apelación de Roma, número 782, de 13 de febrero de 2020, que es el primer pronunciamiento de un tribunal italiano acerca de la validez de estos pactos (hasta donde sabemos, el tema no se ha planteado aún ante nuestros tribunales). Según la Corte, el propio funcionamiento de este tipo de cláusulas evita que el precio se fije de manera arbitraria y, en consecuencia, no cabe afirmar que incorporen una condición meramente potestativa (art. 1355 CC [cfr. art. 1115 CC]). Por su parte, el autor considera que la validez de la «ruleta rusa» sólo puede juzgarse en concreto, ya que, dependiendo de las circunstancias del caso, la determinación del precio puede ser abusiva y, por ende, parcial (*vid.* sobre estos pactos y otros similares, SANZ BAYÓN, P., *Las situaciones de bloqueo en las sociedades de capital paritarias*, tesis doctoral inédita, Universidad de Comillas, 2016). (*E.G.P.*)

GALLOIS-COCHET, D., y BARRILLON, C.: «Les distributions aux associés en dehors de l'assemblée d'approbation des comptes», *D.*, 2023, núm. 24, pp. 1227-1234.

Problemas jurídicos que plantea la distribución de beneficios entre los asociados fuera de la asamblea de la aprobación de cuentas. (*R.A.R.*)

GENOVESE, A., «L'armonizzazione del reporting di sostenibilità delle imprese azionarie europee dopo la CSRD», *CI*, núm. 1, 2023, pp. 88-111.

Una contribución más al tema de la sostenibilidad, que ya empieza a estar algo manido (*vid.* los trabajos de LIBERTINI, CAPRARA y RIOLFO, en este mismo número de *CI*). Se trata, en esta ocasión, de un análisis de la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. (*E.G.P.*)

LIBERTINI, M., «Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale», *CI*, núm. 1, 2023, pp. 54-87.

El artículo comienza repasando la evolución histórica de las concepciones «contractualista» e «institucionalista» de la sociedad anónima. A continuación, pasa revista a las distintas iniciativas legislativas que, en los últimos años, han vuelto a poner el foco en la llamada «responsabilidad social corporativa»: la *Companies Act* inglesa (sect. 172), la *Companies Act* india [sect. 166(2)], la *Loi Pacte* francesa, la *Lieferkettengesetz* alemana y la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, sobre la que se centra la segunda parte del trabajo. En ella se rebaten las distintas críticas que, desde el ámbito político y académico, ha recibido la propuesta, que el autor no ve con malos ojos. Los dos últimos apartados están dedicados a analizar el papel que juegan ya los principios ESG (*Environmental, Social and Governance*) en el ordenamiento italiano vigente. El lector interesado en este tema puede con-

sultar los trabajos de RECALDE, A., «La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos», en *RDM*, núm. 326, 2022 y PAZ-ARES, C., «Propósito de la empresa y “causa societatis”», en *RDBB*, núm. 169, 2023. (E.G.P.)

RIOLFO, G., «Sostenibilità sociale/ambientale dell’attività d’impresa: la Proposta di direttiva sul “dovere di diligenza ai fini della sostenibilità” e l’esperimento delle società *benefit*», *CI*, núm. 1, 2023, pp. 184-224.

Cuarto trabajo dedicado al tema de la sostenibilidad en este número de *Contratto e impresa* (vid. también los de GENOVESE, LIBERTINI y CAPRARA y la bibliografía española citada *supra* en la reseña al segundo de ellos). Éste se ocupa, en concreto, de analizar en qué medida el régimen jurídico de las llamadas *società benefit* refleja el previsto, con carácter general, para las grandes empresas por la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre diligencia debida. La conclusión es que la disciplina de la *società benefit* italiana va mucho más allá de la Propuesta. Ésta se limita a establecer que, a la hora de adoptar las decisiones de gestión, los administradores deberán tomar en consideración una serie de factores que garanticen la sostenibilidad de la empresa (es decir, los administradores tienen que perseguir el máximo beneficio posible, tratando de atenuar al mismo tiempo el posible impacto negativo de la actividad sobre el medio ambiente y los derechos humanos). En cambio, los gestores de una *società benefit* están obligados a buscar un equilibrio entre el interés de los socios y el de los *stakeholders* (i. e., tienen que gestionar de manera responsable, transparente y sostenible aun cuando eso no maximice los beneficios). Está por ver a qué modelo responden nuestras Sociedades de Beneficio e Interés Común (DA 10.^a de la «Ley Crea y Crece»), que se encuentran aún pendientes de desarrollo reglamentario. (E.G.P.)

TIREL, M.: «La RSE, force créatrice du droit des contrats», *D.*, 2023, núm. 15, pp. 742-749.

La responsabilidad social de la empresa y su fuerza obligatoria en el ámbito contractual. (R.A.R.)

VINCENT, C.: «La cession de l’entreprise en difficulté après la loi du 14 février 2022: un piège pour l’entrepreneur individuel?», *D.*, 2023, núm. 6, pp. 305-310.

La nueva regulación de cesión de empresas en dificultades y su influencia en el empresario individual o autónomo. (R.A.R.)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

LASERRE CAPDEVILLE, J.: «La fraude aux faux conseiller bancaire?», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 19, pp. 22-24.

Nueva forma de fraude señalado por la jurisprudencia. Se analiza la sentencia de la Corte de apelación de Versailles de 28 de marzo de 2023 por la que los tribunales no favorecen a los banqueros. (R.A.R.)

CONTRATOS MERCANTILES

LAURENT, J.: «La cession de l'usufruit des droits sociaux n'est pas une cession de ces titres», *JCP G*, 2023, núm. 4, pp. 202-204.

Estudio sobre la naturaleza y requisitos de la cesión de derechos sociales a título de usufructo. No cesión de los títulos. (R.A.R.)

DERECHO CAMBIARIO

DERECHO CONCURSAL

DERECHO DE LA COMPETENCIA

ABREVIATURAS

Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
D.	Recueil Dalloz
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JCP G	Jurisclassseur périodique (La semaine juridique), édition générale
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
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal

Sentencias comentadas

El control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. STC 141/2022, de 14 de noviembre

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN

Desde la STC 31/2019, de 28 de febrero, se viene desarrollando una jurisprudencia constitucional que otorga el amparo frente a la negativa del órgano judicial a realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario en los procedimientos de ejecución hipotecaria con base en la preclusión y la cosa juzgada, cuando tal control se realiza una vez transcurrido el plazo para formular oposición a la ejecución. Las normas procesales quedan desplazadas para permitir la efectividad de la Directiva 93/13/CEE. Este entendimiento queda ratificado en buena medida con la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, cuyos planteamientos acerca de los sucesivos controles por parte del órgano judicial a pesar de las normas procesales sobre cosa juzgada confirman en buena medida la jurisprudencia constitucional anterior. En este contexto, la STC 141/2022 vuelve a incidir en la necesidad de un control del carácter abusivo de las cláusulas aun después de resolverse la oposición a la ejecución si en ella no se hizo un pronunciamiento expreso sobre alguna cláusula a la luz de la jurisprudencia del TJUE. El modo en que el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo en este caso da muestra de la forma en que se articulan las relaciones entre el derecho de la Unión y el derecho a la tutela judicial efectiva en el contexto de las ejecuciones hipotecarias. Tanto los cambios que se han producido en este tipo de procedimientos a la luz del derecho de la Unión Europea como el papel que viene asumiendo el Tribunal Constitucional en relación con la efectividad de la Directiva 93/13/CEE merecen una reflexión que se desarrolla en este trabajo.

PALABRAS CLAVE

Principio de efectividad, tutela judicial efectiva, cláusulas abusivas, ejecución hipotecaria, preclusión, cosa juzgada.

Judicial control of unfair terms in mortgage foreclosures. STC 141/2022, 14th November

ABSTRACT

SCT 31/2019, 28th February, is the beginning of a constitutional case law that recognizes the 'amparo' (constitutional protection) against the judicial refusal to examine unfair contract terms in mortgage loans in the frame of foreclosure procedures. Such refusal is based in estoppel by inaction or judicial estoppel once the term to make opposition to the foreclosure has gone. Under this constitutional case law, the procedural rules are removed to allow the effectivity of Directive 93/13/CEE. This understanding is widely ratified through the EUCJ judgement of 17th May 2022, C-600/19. According to it, successive judicial controls are due in spite of the procedural rules of estoppel, and it confirms many aspects of former constitutional case law. In this context, STC 141/2022 reiterates the need to examine unfair terms even after the opposition to the foreclosure when there was not a specific statement about any of the clauses in the light of the European case law. The Constitutional Court resolves the case in a way that shows how relationships between European law and the right to an effective remedy are articulated in the context of mortgage foreclosures. Not only the changes produced in this kind of procedures in the light of European law, but also the role assumed by the Constitutional Court deserve some considerations that are developed in the present paper.

KEYWORDS

Effectivity principle, right to an effective remedy, unfair terms, mortgage foreclosure, estoppel by inaction, judicial estoppel.

SUMARIO: I. Contextualización del problema de fondo.–II. Más de una década de cambios hacia la efectividad de la Directiva 93/13/CEE en las ejecuciones hipotecarias.–III. La jurisprudencia constitucional sobre la cuestión. 1. Los precedentes en la jurisprudencia constitucional a propósito del principio de primacía del derecho de la UE. 2. La STC 31/2019, de 28 de febrero.–IV. Revisión de la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional tras la STJUE C-600/19, de 22 de mayo de 2017.–V. Los efectos de la preclusión y la cosa juzgada en la STC 141/2022, de 14 de noviembre. 1. La tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria. 2. La vulneración del derecho fundamental denunciada. 3. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional. 4. Revisión del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.–VI. Principio de efectividad y principio de autonomía procesal de los estados miembros en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.–VII. La vulneración del artículo 24 CE en relación con la falta de planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE por parte del juez nacional. 1. Consideraciones previas acerca del planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

2. La jurisprudencia constitucional sobre la cuestión prejudicial y el artículo 24 CE. 3. Valoraciones doctrinales de esta jurisprudencia constitucional. 4. La jurisprudencia del TEDH sobre el tema. 5. Reflexiones en relación con el control judicial de oficio de cláusulas abusivas en las ejecuciones hipotecarias.–VIII. Valoración final.–Bibliografía.–Resoluciones de los tribunales.

I. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA DE FONDO

La Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece un régimen de protección al consumidor frente a las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente cuando, «pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato» (art. 3.1 de la Directiva). Se podría decir que la esencia de esta protección parte de la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente al profesional con el que contrata, que se trata de paliar mediante el artículo 6.1 de la Directiva en lo que se ha venido en llamar el principio de no vinculación, al disponer este precepto que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, manteniéndose la obligatoriedad del contrato en todos los demás elementos, siempre que este pueda subsistir sin las referidas cláusulas¹. La protección se refuerza a través del artículo 7.1 de la Directiva cuando reconoce el principio de efectividad, imponiéndose a los Estados miembros la obligación de velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La protección que dispensa esta directiva a los consumidores ha adquirido especial relevancia práctica desde la crisis hipotecaria iniciada en 2008 porque se ha convertido en el principal mecanismo que ha permitido la defensa de los deudores en contratos de préstamo hipotecario cuando reúnan la condición de consumidores, dando lugar a un desarrollo jurisprudencial y doctrinal antes inimaginado². Por una parte, la tutela se ha proporcionado a través

¹ Esta idea se recoge, por ejemplo, en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-412/14, Banco Primus, párrafos 40 y 41, y en la más reciente STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco, párrafos 35 y 36.

² Destaca, entre otros autores, el papel del TJUE para modificar el procedimiento de ejecución hipotecaria español en aras de la protección del consumidor en el marco de la Directiva 93/13/CEE, BLÁZQUEZ PEINADO, *RGDE* (2016) p. 28. Como veremos a lo largo de este estudio, el Tribunal Constitucional ha jugado también un papel relevante en este campo.

de procedimientos declarativos iniciados por consumidores que pretendían que se declarase nula por abusiva alguna de las cláusulas predispuestas en su contrato de préstamo hipotecario, con las consecuencias restitutorias que, en su caso, pudieran corresponder en relación con las cantidades satisfechas en el marco del cumplimiento de este contrato. Pero la Directiva, y especialmente la jurisprudencia del TJUE con relación a la misma, también ha jugado un papel importante en los procedimientos de ejecución hipotecaria cuando el contrato de préstamo hipotecario que constituye el título de la ejecución contenga cláusulas abusivas.

Es precisamente en este segundo escenario donde se ha venido desarrollando una ya abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando el consumidor (parte ejecutada) alega la existencia de cláusulas abusivas en el título que sirve de base a la ejecución, es decir, el contrato de préstamo hipotecario, y, básicamente por razones de naturaleza procesal, que luego se verán, el órgano judicial rechaza realizar un control de abusividad de las cláusulas invocadas por el ejecutado, pudiendo colisionar con el principio de efectividad del artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE. Este principio, además, junto con el principio de equivalencia, constituye el límite a la autonomía procesal de los Estados miembros que se reconoce en el ámbito del derecho de la Unión. Es en este preciso contexto donde se sitúa la STC 141/2022, de 14 de noviembre, que va a ser objeto de análisis en las páginas siguientes.

No obstante, antes de adentrarnos en el estudio de esta sentencia y de toda la jurisprudencia constitucional creada en torno a esta cuestión, parece conveniente recordar algunas ideas que tradicionalmente han presidido nuestro modelo hipotecario y, en particular, los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Con carácter general, este procedimiento se ha venido concibiendo tradicionalmente como un procedimiento sumario dirigido a la realización del bien hipotecado ante el incumplimiento del crédito garantizado con la hipoteca. La escritura pública que documenta el préstamo hipotecario es un título ejecutivo, lo que permite al acreedor instar directamente la tramitación de un procedimiento de ejecución que recae exclusivamente sobre el bien hipotecado para proceder a su venta en pública subasta y, con el precio obtenido, satisfacer el crédito impagado, sin necesidad de acudir previamente a un procedimiento declarativo en el que se discuta la realidad de la deuda, su exigibilidad o su cuantía. Y una vez que se insta el procedimiento de ejecución, las posibilidades de paralizarlo por la oposi-

ción del ejecutado se conciben de forma muy limitada³. Tan solo se permite, una vez presentada la demanda ejecutiva, que el ejecutado formule oposición por una serie de causas tasadas y que se enumeran en el artículo 695.1 LEC. De este modo, al configurarse este procedimiento de forma especialmente ágil –y con limitadas posibilidades de oposición por parte del deudor, que son, en definitiva, limitadas posibilidades de defensa⁴, y con la reducción de la intervención tanto del deudor como de terceros– el crédito garantizado con hipoteca se ha convertido en un crédito particularmente atractivo para los acreedores por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título⁵. En este sentido, el acreedor preferirá siempre que su crédito esté garantizado con hipoteca porque, entre otros aspectos, el cumplimiento forzoso será para él más rápido y sencillo que cuando no disponga de esta garantía. Estas ventajas repercuten a su vez en la posición de los créditos hipotecarios en el mercado frente a otros tipos de créditos⁶. Y de este modo, progresivamente, se ha ido creando un clima favorable al desarrollo del crédito hipotecario en el mercado.

Sin embargo, todas estas ventajas que se han venido predicando tanto del crédito hipotecario como de la ejecución hipotecaria, y que tienen una lectura claramente económica⁷, están teniendo que ceder en cierta medida, desde hace aproximadamente una década, por la necesidad de proteger al ejecutado cuando tenga la condición de consumidor, y como consecuencia de la necesidad de respetar el derecho de la Unión Europea en materia de protección a

³ En este sentido, por ejemplo, CORDÓN MORENO, 2012, pp. 782 y 783; CRESPO ALLUÉ, 2000, pp. 3558 y 3559.

⁴ Aunque se limitan las posibilidades de defensa, ha entendido el Tribunal Constitucional que la posibilidad de acudir al procedimiento declarativo que corresponda para poder hacer valer todas las reclamaciones que no tienen cabida en el marco de la ejecución hipotecaria lleva a considerar que no se vulnera con esta regulación procesal el derecho de defensa reconocido en el artículo 24 CE (STC 69/1995, de 9 de mayo). Con mayor detalle, expone CACHÓN CADENAS, 2019, pp. 233-263, las diferentes interpretaciones que pueden tener cabida en relación con el alcance de la cosa juzgada de la ejecución respecto del procedimiento declarativo posterior.

⁵ Lo apunta también CORDÓN MORENO, 2012, pp. 782 y 783.

También resulta atractivo por otros motivos, como su carácter privilegiado en el concurso o la posibilidad de titulización en un mercado secundario.

⁶ Por ejemplo, es posible la titulización de créditos en el mercado secundario mediante bonos y cédulas hipotecarias cuando están garantizados con hipoteca y cumplen además los requisitos del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que deroga la Ley 2/1981, reguladora del Mercado Hipotecario, que tradicionalmente ha venido regulando esta materia. Sin embargo, no es posible titularizar créditos personales.

⁷ No necesariamente una ventaja jurídica. En la doctrina, encontramos quien parece dudar de la conveniencia de esta protección reforzada que se atribuye al crédito hipotecario. En este sentido, la califica como «discutible» CORDÓN MORENO, 2012, p. 782.

los consumidores, particularmente al hilo del principio de efectividad del derecho de la Unión al que antes me he referido⁸.

¿Por qué?

El título inscrito, y que sirve de base a la ejecución, puede contener cláusulas abusivas. En ocasiones, estas cláusulas pueden condicionar en mayor o menor medida la ejecución, en el sentido de que pueden determinar que la cuantía que se reclama sea mayor que sin la referida cláusula, por ejemplo, porque existe una cláusula suelo, o porque la abusividad recae sobre la cláusula de intereses de demora, o porque se trata de un préstamo hipotecario multidivisa; y es posible, incluso, y este es el elemento determinante, que la propia existencia de la ejecución dependa de la cláusula potencialmente abusiva, que sería el caso de la cláusula de vencimiento anticipado. Si, como consecuencia del ánimo de celeridad que se imprime a los procedimientos de ejecución hipotecaria, no se permite, de un modo u otro, entrar a discutir el carácter abusivo de estas cláusulas, particularmente la de vencimiento anticipado, sobre la que pivota la propia existencia de la ejecución hipotecaria, los principios de no vinculación y efectividad de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE quedarían diluidos.

Como ya es sabido, esta circunstancia determinó que nuestro legislador, a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, Aziz, modificara el procedimiento de ejecución en 2013 para permitir que entre las causas tasadas de oposición a la ejecución el ejecutado pudiera alegar también «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible» (art. 695.1.4.º LEC), lo que no era posible hasta que se llevó a cabo esta reforma. Pero los problemas en relación con el control judicial de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria no terminaron ahí. Más bien, al contrario, se podría decir que, a raíz de esta reforma, la litigiosidad en relación con esta cuestión dentro de la ejecución hipotecaria se ha intensificado hasta el punto de que ha sido preciso que tanto el TJUE como el Tribunal Constitucional se

⁸ En este sentido, por ejemplo, CARMONA CONTRERAS, 2017, pp. 310 y 311, indica: «con una legislación hipotecaria y procesal claramente escorada a favor de los intereses del acreedor bancario que no merecía tacha alguna de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional español y que no tenía visos de ser modificada en sede legislativa, la única salida terminó por residenciarse en sede judicial europea».

En opinión de CORDERO LOBATO, 2013, p. 1, es «curioso» que el carácter sumario de los procedimientos de ejecución hipotecaria haya superado el filtro constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva pero no haya sucedido lo mismo respecto del principio de efectividad del derecho de la UE.

pronuncien, cada uno dentro del ámbito de su jurisdicción, sobre los problemas que se han ido planteando. El cambio de paradigma que ha supuesto introducir en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias el respeto a la Directiva 93/13/CEE ha requerido no solo reformas legislativas, sino también un desarrollo jurisprudencial para resolver las cuestiones que se iban suscitando, que ha adquirido incluso dimensión constitucional por cuanto se ha considerado que, de alguna manera, se podría estar vulnerando también el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el órgano judicial, alegando razones de índole procesal, se ha negado a realizar un control del carácter abusivo de alguna cláusula invocado por el ejecutado que reúna la condición de consumidor. Es precisamente en este contexto en el que se dicta la STC 141/2022, que, ni es la primera, ni la última en esta materia⁹.

II. MÁX DE UNA DÉCADA DE CAMBIOS HACIA LA EFECTIVIDAD DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE EN LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

La STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, Aziz, marcó el inicio de la transformación de los procedimientos de ejecución hipotecaria frente a su tradicional configuración, en la que las limitadas posibilidades de defensa del ejecutado le impedían hacer valer el posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de préstamo hipotecario que constituye el título de la ejecución¹⁰. Toda la jurisprudencia europea que se ha venido desarrollando en este contexto parte de la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente al profesional y asume un criterio de protección de este que, como veremos, pone en buena medida el acento en el principio de efectividad del derecho de la Unión (en este caso, de la Directiva 93/13/CEE) con apoyo en el artículo 7.1 de la Directiva para justificar una interpretación favorable a la tutela del consumidor frente a cláusulas abusivas¹¹.

En la sentencia de 14 de marzo de 2013, C-415/11, Aziz, el TJUE declaró que la Directiva 93/13/CEE «se opone a una normativa de

⁹ En efecto, prácticamente al tiempo de concluirse este trabajo se dictaron dos nuevas sentencias sobre la materia, la STC 23/2023, de 27 de marzo, y la STC 26/2023, de 17 de abril.

¹⁰ En el mismo sentido, CARMONA CONTRERAS, 2017, p. 318.

Tras esta sentencia del TJUE, indicaba CORDÓN MORENO, 2015, p. 297, que resultaba obvio que el procedimiento de ejecución hipotecaria español vulneraba los derechos de los consumidores, lo que motivó la reforma de la LEC en este punto.

¹¹ En esta línea se pronuncia también CARMONA CONTRERAS, 2017, p. 316.

un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final» (párrafo 77).

De manera que se daban dos posibilidades al legislador español: o bien permitir que el ejecutado pudiera alegar entre las causas de oposición a la ejecución la existencia de cláusulas abusivas en el contrato que fundamenta la ejecución, o bien permitir la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria como medida cautelar cuando se esté debatiendo en un procedimiento declarativo el carácter abusivo de las cláusulas de este contrato.

La primera de estas dos opciones es, al menos a primera vista, la que mejor puede conciliar con la sumariedad que ha venido caracterizando a las ejecuciones hipotecarias. Y quizá por ello, el legislador optó por reformar la legislación procesal en este sentido. De este modo, la sentencia del TJUE motivó que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se estaba tramitando en esos momentos –en un texto que reformaba también otras leyes, y que iba dirigido a mejorar la protección de los deudores hipotecarios– incluyera también la modificación de los procedimientos de ejecución en el sentido de dar cabida en ellos al control del posible carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario¹². Además de prever un control de oficio por parte del órgano judicial cuando acuerde el despacho de la ejecución (art. 552.1 segundo párrafo LEC), se modificaron los artículos 557.1 y 695.1 LEC con el fin de añadir entre las causas de oposición en los procedimientos de ejecución de títulos no judiciales (art. 557.1 LEC) y en las ejecuciones hipotecarias (art. 695.1 LEC) la existencia de cláusulas abusivas en el título que fundamenta la ejecución¹³.

¹² Indica la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013: «Este Capítulo recoge también la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.»

¹³ Así, establece el artículo 557.1 LEC en su redacción actual como causa núm. 7 de oposición a la ejecución «Que el título contenga cláusulas abusivas»; y el artículo 695.1 LEC

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, contenía además un régimen transitorio a través del cual trataba de permitir que este control de las cláusulas abusivas fuera posible también en los procedimientos de ejecución que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de la ley y hubiera transcurrido ya el plazo de diez días para formular oposición, siempre que el procedimiento «no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (disposición transitoria cuarta, apartado 2, último párrafo). Respecto de todos estos procedimientos, la ley concedía un plazo *preclusivo* de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición a la ejecución, a contar desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta ley.

Los problemas comenzaron cuando, transcurrido este plazo de un mes, que la propia ley calificaba como preclusivo, algunos ejecutados que reunían la condición de consumidores trataron de promover un incidente extraordinario de oposición a la ejecución alegando el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario¹⁴. Unas veces, el problema se reducía a que se solicitaba el incidente extraordinario de oposición transcurrido este plazo preclusivo porque no se había solicitado antes. Otras veces, lo que sucedía era que, habiéndose tramitado el incidente extraordinario de oposición a la ejecución, al continuarse con la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria, el ejecutado solicitaba en un momento posterior que se sustanciara un nuevo incidente extraordinario de oposición para examinar el carácter abusivo de otras cláusulas que no habían sido objeto de examen en el incidente anterior. En uno y otro caso, no era extraño que el órgano judicial acordara que no había lugar a tramitar este incidente extraordinario de oposición porque había transcurrido el plazo preclusivo de un mes que fijaba el régimen transitorio de la Ley 1/2013, entendiendo además que existía cosa juzgada formal, razonamiento que se ajusta al modo en que los tribunales nacionales venían interpretando el artículo 207 LEC¹⁵.

Pero este entendimiento de las cosas, que resulta conforme con la legislación procesal nacional, podría chocar, sin embargo, con

ha añadido un cuarto motivo de oposición a la ejecución, permitiendo que esta se funde en «El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible».

¹⁴ Estos problemas se han arrastrado durante tiempo, y así puede constatarse al analizar los procedimientos que han dado lugar a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con el tema que nos ocupa, como veremos en páginas sucesivas.

¹⁵ Sobre la preclusión y la cosa juzgada en el ordenamiento nacional y el diferente entendimiento del TJUE, cfr. QUESADA LÓPEZ, 2020, pp. 82-101.

el principio de efectividad reconocido en la Directiva 93/13/CEE y resultar contrario al principio de primacía del derecho de la UE –como efectivamente entendió el TJUE–, lo que llevó a que algunos órganos judiciales nacionales plantearan cuestiones prejudiciales ante el TJUE. De este modo, a propósito de la problemática expuesta¹⁶, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones.

En la STJUE de 29 de octubre de 2015, C-8/14, BBVA, el juez nacional preguntó al TJUE si el plazo de un mes establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 para formular oposición en procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se oponía a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE. El TJUE consideró que las modalidades de fijación del plazo de oposición en los procedimientos de ejecución hipotecaria forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, pero deben cumplir con los principios de equivalencia y efectividad¹⁷. El primer principio, es decir, que el régimen procesal de que se trate no resulte menos favorable que el que rige situaciones similares sujetas al derecho interno, se cumpliría en este caso. Pero el principio de efectividad, que exige que no se haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión, no se respetaría en el caso de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 porque se sitúa el inicio del plazo en la entrada en vigor de la ley mientras que, en el momento de iniciarse el procedimiento de ejecución hipotecaria, se notificó de manera individual al ejecutado sobre la posibilidad de formular oposición en el plazo de diez días desde la notificación. Por lo tanto, concluye el TJUE, los consumidores no podían razonablemente esperar que se les concediera una nueva posibilidad de formular un incidente de oposición sin ser informados de ello a través de la misma vía procesal por la que recibieron la información inicial, teniendo en cuenta los principios de derecho de defensa, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

En consecuencia, la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 no podía aplicarse en estos procedimientos por ser contraria al

¹⁶ La reforma de la ejecución hipotecaria comportó también otros problemas. Así, en un primer momento solo se permitía recurrir en apelación frente a la resolución que apreciara el carácter abusivo de la cláusula, pero no en caso contrario, lo que dejaba al consumidor en una posición de inferioridad frente al acreedor hipotecario. Esta cuestión hubo de ser modificada a raíz de pronunciamientos posteriores del TJUE. Cfr., entre otros, BLÁZQUEZ PEINADO, *RGDE*, 2016, pp. 12-22.

¹⁷ Párrafo 24 de la sentencia.

principio de efectividad, de manera que la oposición a la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas en tales casos quedaría huérfana de plazo.

Posteriormente, se planteó otra cuestión prejudicial al TJUE a propósito de esta misma cuestión, preguntando, además, entre otras cosas, si la Directiva 93/13/CEE obliga al juez nacional a examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato que ya ha sido sometido a un examen de tal naturaleza a la luz de la propia Directiva y se ha dictado una resolución judicial firme, a pesar de lo que disponen las normas procesales nacionales relativas al principio de cosa juzgada, en particular, el artículo 207 LEC.

El TJUE dio respuesta a estas cuestiones a través de la sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus. En ella recuerda que el sistema de protección de la Directiva 93/13/CEE se basa en la situación de inferioridad del consumidor frente al profesional y el principio de no vinculación como forma de reemplazar el equilibrio formal del contrato por un equilibrio real que establezca el artículo 6.1 de la Directiva, el cual debe considerarse equivalente a las normas de orden público del derecho nacional. Esta afirmación, que no es nueva, puede considerarse en cierto modo la base sobre la que se apoya todo el desarrollo que veremos posteriormente acerca del principio de efectividad de la Directiva frente a las normas procesales nacionales. Y el hecho de que la Directiva 93/13/CEE constituya una norma de orden público comunitario quiere decir, según se ha indicado en la doctrina¹⁸, que resulta esencial e indispensable para el cumplimiento de los fines de la Unión, hasta el punto de que puede considerarse como una norma de rango constitucional en el sistema jurídico de la UE.

Por otra parte, al tratarse de una norma de orden público en el derecho de la UE, indica el TJUE en esta sentencia que el juez debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluida en el ámbito de la Directiva «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello». Al añadirse este último inciso, parece apuntarse la posibilidad de que el juez nacional no disponga de estos elementos en un primer momento y, por tanto, el proceso podría seguirse sin un examen de la totalidad de las cláusulas contractuales, que puede llevarse a cabo en un momento posterior si se dispone entonces de los elementos necesarios para ello¹⁹.

No obstante, añade el TJUE, la protección al consumidor no es absoluta. El derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren

¹⁸ QUESADA LÓPEZ, 2020, pp. 56 y 57.

¹⁹ En el mismo sentido, PAZOS CASTRO, *RDC*, 2017, p. 167.

fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición contenida en la Directiva 93/13/CEE. Por tanto, la norma procesal que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, no se opone a la Directiva. Pero si en el examen anterior realizado por el juez, este se ha limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, esta directiva le impone la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato²⁰.

Parece que nuestro legislador tomó nota de algunos de estos pronunciamientos al aprobar la Ley 5/2019, de 16 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, porque estableció en su disposición transitoria tercera que en los procedimientos de ejecución en curso al tiempo de la entrada en vigor de esta ley en los que ya hubiera transcurrido el plazo de oposición a la ejecución cuando entró en vigor la Ley 1/2013, se concedería a las partes un nuevo plazo para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas en los términos de los artículos 557.1.7.º LEC y 695.4.º LEC. Y se fija como momento de inicio del cómputo de este plazo, que se califica como preclusivo, el día siguiente a la notificación de la resolución por la que se comunica a las partes ejecutadas la posibilidad de formular este incidente extraordinario. El plazo se concede para todo procedimiento que «no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que en su día no se hubiera notificado personalmente al ejecutado de la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.ª del artículo 557.1 y 4.ª del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni se hubiera formulado por el ejecutado incidente extraordinario de oposición, conforme a lo recogido en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ni se hubiere admitido la oposición del ejecutado con base en la sentencia del Tribunal de

²⁰ A partir de esta sentencia del TJUE, comenzó a apuntarse en la doctrina la conveniencia o necesidad de revisar la cosa juzgada tal y como se venía entendiendo en nuestro derecho a la vista de la protección al consumidor dispensada por la Directiva 93/13/CEE. En este sentido, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, *RAD*, 2017, pp. 1-7.

Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015 o cuando el juez de oficio ya hubiera analizado la abusividad de las cláusulas contractuales».

Desde el derecho nacional parece, de este modo, que se rectifican las normas procesales en relación con el *dies a quo* del plazo para formular oposición en aquellos procedimientos en los que no se podía formular oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas conforme a la legislación entonces vigente. Pero se califica este plazo como preclusivo, lo que vendría a significar que fuera del mismo no sería posible ya que el juez realizara un control del carácter abusivo de las cláusulas. Y, precisamente, desde este entendimiento basado en la preclusión, pero también en la cosa juzgada del artículo 207 LEC –cosa juzgada formal–, hubo órganos judiciales que se negaron a examinar el posible carácter abusivo de alguna cláusula contractual que fuera invocada por el consumidor frente al que se dirigía un procedimiento de ejecución hipotecaria cuando tal invocación se realizara más allá del plazo legalmente conferido en la citada disposición transitoria.

De la misma manera, también se han negado en ocasiones los órganos judiciales a examinar el carácter abusivo de las cláusulas una vez transcurrido el plazo ordinario de diez días para formular oposición. Ante esta negativa, y teniendo en cuenta lo que había establecido la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, en los términos antes apuntados, algunos consumidores consideraron que los órganos judiciales que procedían de este modo se estaban separando de lo que había establecido el TJUE, que no circunscribía el control judicial de las cláusulas abusivas a un determinado plazo, sino que tenían el deber de realizarlo tan pronto como dispusieran de los elementos de hecho y de derecho necesarios, y en tanto no existiera un pronunciamiento judicial sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, sino solo respecto a alguna de las cláusulas. De manera que, con su modo de proceder, no estarían respetando el principio de efectividad en relación con la Directiva 93/13/CEE. En este contexto, comenzaron a plantearse demandas de amparo ante el Tribunal Constitucional por considerar que la actuación de los jueces en estos casos vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el deber de motivación, por selección no racional o arbitraria de la norma aplicable al proceso, en contra del principio de primacía del derecho de la UE.

III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CUESTIÓN

Antes de que se dictara la STC 31/2019, de 28 de febrero, con la que se inicia la doctrina jurisprudencial de la que es muestra la STC 141/2022, objeto de este comentario, el Tribunal Constitucional ya había desarrollado una jurisprudencia a propósito de la incidencia que podía tener la aplicación o no aplicación del derecho de la UE sobre el artículo 24 CE. Por ello, antes de adentrarnos en la doctrina específica del tema que nos ocupa, es conveniente realizar una aproximación a la perspectiva constitucional del principio de primacía del derecho europeo.

1. LOS PRECEDENTES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A PROPÓSITO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UE

Si analizamos la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho de la UE, podemos percibir que las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el TJUE no siempre han sido fáciles. En un primer momento, el Tribunal Constitucional consideró que las cuestiones relativas al derecho comunitario eran de legalidad ordinaria y no afectaban al derecho a la tutela judicial efectiva. Conforme al principio de primacía del derecho de la UE, las normas europeas «tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente»²¹, con lo que se asegura su efectividad. Pero el principio de primacía no significa, desde esta postura inicial, que a partir del artículo 93 CE se haya dotado a las normas del derecho europeo de rango y fuerza constitucionales, ni el derecho comunitario se podría considerar canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley²².

Posteriormente, se avanzó en el desarrollo de las relaciones entre el derecho de la UE y el derecho nacional desde una perspectiva constitucional, y comenzó a otorgarse el amparo en cuestiones relacionadas con el derecho de la Unión. En este sentido, se parte de considerar el doble canon de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, que, por una parte, alcanza a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a

²¹ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4.

²² Estas ideas se recogen, por ejemplo, en las SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11; 12/2008, de 29 de enero, FJ 2; 134/2011, de 20 de julio, FJ 6; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12; 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3.

obtener de los órganos judiciales una resolución motivada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso, sin que por esta vía pueda llegar a examinarse el acierto o desacierto de la decisión. Y, por otro lado, se refiere al derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan «conforme al sistema de fuentes establecido», lo que puede alcanzar al planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE ante una duda sobre la aplicación del derecho europeo²³.

Dejando ahora al margen el derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el planteamiento de cuestión prejudicial, que abordaré en páginas posteriores, nos vamos a centrar en la doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a la selección razonable y no arbitraria de la norma aplicable al proceso, de manera que, cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el TJUE —que forma parte del derecho de la UE—, el desconocimiento y preterición del derecho de la Unión por parte del órgano judicial podrá dar lugar a la vulneración del artículo 24.1 CE. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional se atribuye el deber de velar por el respeto al principio de primacía del derecho de la UE²⁴. Es esta la doctrina jurisprudencial que ahora interesa porque es precisamente esta faceta del artículo 24 CE la que ha llevado a conceder el amparo en procedimientos de ejecución hipotecaria cuando el órgano judicial se ha negado a realizar el control del carácter abusivo de alguna cláusula contractual. Entiende el Tribunal Constitucional que, existiendo una interpretación auténtica por parte del TJUE en relación con el deber del juez nacional de realizar este control de cláusulas abusivas, el órgano judicial que se opone a ella vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de primacía del derecho de la Unión por selección no razonable y arbitraria de la norma aplicable. Veamos ahora de forma sintética lo que vino a establecer la STC 31/2019, de 28 de febrero.

2. LA STC 31/2019, DE 28 DE FEBRERO

La STC 31/2019, de 28 de febrero, es la primera de una larga lista de sentencias que aprecian la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por selección no razonable de la norma apli-

²³ En este sentido, la STC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 4.

²⁴ STC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 5.

cable al proceso en supuestos en que el órgano judicial de un procedimiento de ejecución hipotecaria se niega a realizar un control del carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato alegando preclusión y cosa juzgada, cuando lo haya solicitado el ejecutado una vez transcurrido el plazo legalmente establecido para formular oposición. A pesar de lo que establecen las normas procesales reguladoras de la ejecución hipotecaria, entiende el Tribunal Constitucional que el órgano judicial queda obligado a realizar este control de acuerdo con lo que estableció la STJUE, de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus.

Señala el Tribunal Constitucional que el TJUE, en la citada sentencia, estableció que no se opone a la Directiva 93/13/CEE una normativa procesal nacional que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada. Pero si existe alguna cláusula cuyo eventual carácter abusivo aún no ha sido examinado mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional está obligado a apreciar, de oficio o a instancia de parte, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas. Y, de este modo, indica el Tribunal Constitucional, no cabe considerar, como sin embargo hizo el órgano judicial en este caso, que el plazo para denunciar la existencia de cláusulas abusivas había precluido por no haber formulado oposición en el plazo legal de diez días si el órgano judicial no había realizado un control de oficio del posible carácter abusivo de la cláusula. También indica el Tribunal Constitucional en esta sentencia que el hecho de que se hubiera dictado el decreto de adjudicación cuando se solicitó el control de cláusulas abusivas no justifica que el órgano judicial se niegue a realizar el control. En la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus se indicó, en relación con las dudas sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial, que «a la luz de la legislación nacional presentada por el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento de ejecución hipotecaria en cuestión no ha concluido y continúa hasta que el inmueble se ponga en posesión del adquirente, tal como confirmó el Gobierno español en sus observaciones escritas» (apartado 32), añadiendo que «la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 establece que dicha disposición es aplicable “a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente”» (apartado 32).

Realiza, además, la STC 31/2019, de 28 de febrero, una referencia específica al valor que debe atribuirse al control del título ejecutivo al que se refiere el artículo 552 LEC. Indica que no se puede entender realizado el control del carácter abusivo de las cláusulas por el hecho de que el auto que ordena el despacho de la ejecución indique genéricamente que la demanda ejecutiva cumple con los requisitos del artículo 685 LEC y ss. en concordancia con el artículo 551 LEC. Tal motivación es insuficiente a efectos de considerar sin género de dudas que se ha realizado el control de abusividad de las cláusulas, e invoca al efecto la jurisprudencia constitucional en relación con el deber de motivación de las resoluciones judiciales, en cuanto que se realice una exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que ha llevado al órgano judicial a adoptar su decisión y que facilite, a su vez, el control de la actividad jurisdiccional por los tribunales superiores.

A partir de esta sentencia, se han sucedido numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se concedía el amparo al ejecutado que, reuniendo la condición de consumidor, hubiera recibido una negativa por parte del órgano judicial para realizar el examen del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario alegando preclusión del plazo para formular oposición y cosa juzgada del auto que acordaba el despacho de la ejecución. Respecto de todos ellos, el Tribunal Constitucional ha considerado que el órgano judicial no había aplicado lo que se estableció en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, y que, al no hacerlo, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva por selección no razonable de la norma aplicable en relación con el principio de primacía del derecho de la UE.

Si analizamos estos supuestos, observamos que entre ellos existen diferencias. Algunas de las ejecuciones hipotecarias se iniciaron antes de la reforma de la LEC operada por la Ley 1/2013 y, por tanto, antes de que se previera legalmente la posibilidad de formular oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas. Respecto de estos procedimientos, conforme vino a establecer la STJUE de 29 de octubre de 2015, C-8/14, BBVA, el plazo establecido en el régimen transitorio de la Ley 1/2013 se opone a la Directiva 93/13/CEE, con lo que resultaría, en principio, que en estos procedimientos la posibilidad de formular oposición por cláusulas abusivas no quedaría sujeta a plazo legal alguno, y sería posible hasta «la puesta en posesión del inmueble al adquirente», porque es lo que establece la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013²⁵. En los mismos

²⁵ Es el caso, por ejemplo, de la STC 9/2022, las SSTC 44/2022 y 80/2022, en que el control de abusividad se solicitó tras la adjudicación del bien, pero antes del lanzamiento.

términos se pronuncia la disposición transitoria tercera, apartado 4 de la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario, por lo que no parece que haya dudas para mantener la misma interpretación respecto de aquellos procedimientos tras esta ley.

En los procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma de 2013, el plazo de diez días para formular oposición incluía ya la posibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas, y el carácter preclusivo del plazo llevaba en ocasiones al órgano judicial a considerar que no era posible realizar un control posterior. Por otra parte, en estos procedimientos, conforme a la redacción dada al artículo 552.1 segundo párrafo LEC, el juez tiene el deber de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas, debiendo conceder audiencia a las partes cuando considere que alguna cláusula puede ser abusiva. Esto llevaba a muchos jueces a apreciar que, ante la petición extemporánea de oposición a la ejecución por cláusulas abusivas, no procedía acceder a lo solicitado porque tal control ya se había efectuado y existía cosa juzgada conforme al artículo 207 LEC²⁶.

Finalmente, había también supuestos en los que la negativa al control de abusividad venía fundamentada en el hecho de que, al haberse dictado el decreto de adjudicación, se consideraba que el procedimiento ya había terminado y no podía, por tanto, tramitarse un incidente extraordinario de oposición a la ejecución²⁷. En estos casos, lo cierto es que no resulta de aplicación la normativa transitoria de la Ley 1/2013 y de la Ley 5/2019, que expresamente permite formular oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas hasta la puesta en posesión del inmueble al adquirente, por lo que puede surgir la duda de en qué medida la jurisprudencia del TJUE a propósito de esta cuestión puede ser aplicable cuando la norma nacional que sirve de apoyo al pronunciamiento del tribunal europeo no se aplica²⁸.

Efectivamente, estos supuestos sometidos a una regulación procesal distinta de la que existía en el procedimiento en el que se planteó la cuestión prejudicial C-421/14 podrían recibir la misma respuesta desde el derecho de la UE, o tal vez no. Los órganos judiciales entendieron y argumentaron en algunos casos que la res-

²⁶ Así, por ejemplo, el órgano judicial había basado la negativa a realizar el control de cláusulas abusivas alegando preclusión y cosa juzgada, por ejemplo, en el caso de la STC 48/2020; 50/2021; 102/2021 (en este caso se alega además que ya se ha adjudicado el bien); 150/2021 (en este caso se alega además que ya se ha adjudicado el bien); 154/2021; 6/2022; 61/2022.

²⁷ Se refieren a este supuesto las SSTC 30/2020; 140/2020; 8/2021; 24/2021; 77/2021; 92/2021; 101/2021; 102/2021.

²⁸ Por ello, discrepa del criterio mantenido por el Tribunal Constitucional GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, *DPyC*, 2020, pp. 365-369.

puesta debía ser otra distinta de la que había dado el TJUE, y se sujetaron a la aplicación de las normas procesales en materia de preclusión y cosa juzgada, negando el control judicial de las cláusulas sin plantear tampoco cuestión prejudicial. No obstante, formulado recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, este último ha venido entendiendo que, en estos casos, el órgano judicial debió aplicar lo dispuesto en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus y, al no hacerlo, en contra del principio de primacía del derecho de la Unión, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el deber de motivación y la selección razonable de la norma aplicable al proceso. Las dudas que pudieran surgir parece que se podrían disipar con la STJUE de 17 de mayo de 2022.

IV. REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL TRAS LA STJUE C-600/19, DE 22 DE MAYO DE 2017

En la STJUE C-600/19, de 17 de mayo de 2022, Ibercaja Banco, se vuelve a preguntar al Tribunal de Justicia sobre la preclusión y la cosa juzgada en los procedimientos de ejecución hipotecaria y, específicamente, sus efectos con relación al auto por el que se despacha la ejecución cuando, al inicio del procedimiento, el órgano judicial ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de las cláusulas, pero el referido auto no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen, ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo. Es decir, la cuestión prejudicial se plantea en el contexto específico de las ejecuciones hipotecarias iniciadas bajo la normativa procesal vigente, una vez que fue reformada para dar cabida a la posibilidad de formular oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas e incluyendo un control judicial de oficio de las cláusulas antes de acordar el despacho de la ejecución.

El TJUE reitera en esta sentencia su jurisprudencia sobre la situación de inferioridad del consumidor en la Directiva 93/13/CEE y el principio de no vinculación como mecanismo para reemplazar el equilibrio formal del contrato por un equilibrio real, así como el deber del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. Y recuerda que, conforme al principio de autonomía procesal, corresponde a cada Estado miem-

bro establecer los procedimientos para el examen del posible carácter abusivo de una cláusula contractual de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad.

En relación con la cosa juzgada, el TJUE reconoce que la protección al consumidor no es absoluta en el sentido de que el Derecho de la Unión no obliga a dejar de aplicar las normas procesales internas que atribuyan el efecto de cosa juzgada aun cuando ello permita subsanar la infracción de una disposición contenida en la Directiva 93/13/CEE, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad. Y respecto de la concreta cuestión prejudicial planteada, no duda de la conformidad de la normativa nacional controvertida con el principio de equivalencia, y pone el énfasis en el necesario respecto a este principio, aunque reconoce que «no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor afectado» (párrafo 44). En cuanto al principio de efectividad en relación con los derechos derivados de la Directiva 93/13/CEE, señala que implica «una exigencia de tutela judicial efectiva, reafirmada en el artículo 7, apartado 1, de esa Directiva y consagrada también en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es aplicable, entre otros aspectos, a la definición de la regulación procesal relativa a las acciones judiciales basadas en tales derechos» (párrafo 45). Destaca, además, que la resolución por la que el juez nacional ordenó la apertura del procedimiento de ejecución hipotecaria (el auto por el que se acuerda el despacho de la ejecución) «no incluía ningún motivo que acreditara la existencia de un control del carácter abusivo de las cláusulas del título que dio lugar a dicho procedimiento, el consumidor no fue informado de la existencia de dicho control ni, al menos sucintamente, de los motivos en los que se basó el tribunal para estimar que las cláusulas controvertidas carecían de carácter abusivo. Por lo tanto, no pudo apreciar con pleno conocimiento de causa si procedía interponer un recurso contra dicha resolución» (párrafo 49). Entiende que esto es así porque «no podría garantizarse un control eficaz del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales, tal como se exige en la Directiva 93/13, si la fuerza de cosa juzgada se extendiera también a las resoluciones judiciales que no mencionan tal control» (párrafo 50). En cambio, sí que se garantizaría la protección al consumidor si, en el auto que despacha la ejecución, el juez indica expresamente «que ha examinado de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del título que da lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria, que dicho examen, motivado al menos sucintamente, no ha puesto de manifiesto la existencia de ninguna cláusula abusiva y que, si no

formula oposición dentro del plazo establecido en el Derecho nacional, el consumidor ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas» (párrafo 51).

Y, de este modo, concluye: «De lo anterior se deriva que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo» (párrafo 52).

Esta sentencia no es, en mi opinión, una mera reiteración de lo que había establecido el TJUE en la sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus. Con la sentencia de 2022, el TJUE viene a clarificar problemas que habían surgido tras la reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria operada por la Ley 1/2013 y que no se habían planteado antes al TJUE, en relación con el posible efecto de cosa juzgada del auto por el que se despacha la ejecución, habida cuenta de que, a partir de esta reforma, antes de dictarse este auto, el juez debe realizar un examen de oficio del eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato que sirve de título a la ejecución. En los procedimientos anteriores a esta reforma procesal, como era el procedimiento en el que se planteó la cuestión prejudicial C-421/14, el auto que despachaba la ejecución no reunía las mismas características, en el sentido de que la ley no imponía al juez el control de oficio de las cláusulas antes de acordar el despacho de la ejecución. La cuestión planteada, por tanto, es distinta, aunque el razonamiento del TJUE discurre en ambos casos en la misma línea. Pero en la sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/14, la problemática se planteaba con relación a que hubiera transcurrido el plazo para formular oposición a la ejecución y se quisiera que el órgano judicial examinara el carácter abusivo de una cláusula, y en la sentencia C-600/19, de 17 de mayo de 2022, se ahonda en el alcance que puede tener el efecto de cosa juzgada respecto del auto que acuerda el despacho de la ejecución, dado

que, con carácter previo al mismo, debe realizar el juez un control de oficio de las cláusulas, y respecto del auto que resuelve la oposición a la ejecución, en la que el ejecutado pudo alegar la existencia de cláusulas abusivas. Esta última sentencia realiza, además, una referencia al artículo 47 CDFUE que no debiera pasar desapercibida y a la que posteriormente me referiré.

En definitiva, la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, da respuesta al argumento que venían ofreciendo algunos juzgados cuando se negaban a tramitar un incidente extraordinario de oposición a la ejecución en procedimientos iniciados con posterioridad a la reforma de la LEC de 2013. Y lo hace en el sentido de entender que la aplicación de las normas procesales sobre preclusión y cosa juzgada en el modo en que se han interpretado por algunos órganos judiciales nacionales se opone al principio de efectividad del derecho de la Unión Europea en relación con la Directiva 93/13/CEE. Si el auto que acuerda el despacho de la ejecución no indica que se ha realizado el examen de abusividad de oficio y que, si la parte no formula oposición en plazo, no podrá ya plantear el posible carácter abusivo de alguna cláusula, no puede negarse el control judicial de las cláusulas alegando preclusión y cosa juzgada. Para que pueda jugar el efecto de cosa juzgada, no basta con realizar el control judicial oficio, sino que debe indicarse en el auto que se ha realizado tal control —que viene impuesto legalmente en el artículo 552.1 segundo párrafo LEC—, y, además, se ha de advertir al ejecutado de la preclusión para formular oposición por cláusulas abusivas. Ello no significa, en mi opinión, que el auto deba desgarnar necesariamente una a una las cláusulas y deba motivar detalladamente por qué no considera que sea abusiva cada una de ellas. Más recientemente, el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, ha reformado el artículo 551.1 LEC introduciendo un número 5 en el que expresamente se indica que el auto que acuerda el despacho de la ejecución debe expresar que las cláusulas que sirven de fundamento a la ejecución no son abusivas. Y el artículo 551.4 LEC determina que si bien no cabe recurso contra este auto, el mismo debe indicar expresamente que el deudor puede formular oposición respecto de la valoración judicial de no abusividad de las cláusulas “y se le advertirá que en caso de no hacerlo en tiempo y forma no podrá impugnarla en un momento ulterior”. La duda que plantea esta reforma es su compatibilidad con el derecho de la Unión cuando el auto que acuerda el despacho de la ejecución omita examinar alguna de las cláusulas que sirven de fundamento de la ejecución y determinan la cantidad exigible o no aprecie el carácter abusivo de la cláusula pero tampoco cumpla los estándares

de motivación requeridos. Nótese, además, que el juez no puede apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula cuando este vaya anudado a la falta de transparencia, y que pueden aparecer con posterioridad elementos de hecho o de derecho que incidan sobre el carácter abusivo de una cláusula. Tal vez la solución legislativa pudiera hallar su fundamento en la pasividad del consumidor que, advertido en estos términos, no formula oposición.

Podemos observar que, en la jurisprudencia constitucional dictada en este ámbito con anterioridad a la STJUE de 19 de mayo de 2022, C-600/19, se ha venido defendiendo, en buena medida, una idea similar a la expresada por el TJUE y que, quizá, pueda quedar algo recortada por la reforma legislativa de 19 de diciembre de 2023 en relación con la advertencia de preclusión para formular oposición. Habrá que ver en qué términos la reciente reforma legal encuentra acomodo en esta jurisprudencia europea y constitucional, extremos que, en su caso, correspondería determinar al TJUE. Se puede decir que, con la sentencia de 19 de mayo de 2022, C-600/19, el TJUE viene a corroborar la interpretación que venía manteniendo el Tribunal Constitucional frente a las alegaciones de preclusión y cosa juzgada del auto que acuerda el despacho de la ejecución, formuladas por el órgano judicial cuando se niega a realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas una vez que ha transcurrido el plazo para formular oposición a la ejecución y no hay un pronunciamiento judicial al respecto.

Sin duda, al resolver de esta manera, el Tribunal Constitucional ha garantizado que se respete el principio de efectividad con relación a la Directiva 93/13/CEE, teniendo en cuenta el modo en que se ha venido interpretando por el TJUE. Pero, más allá del resultado del caso concreto, pueden surgir dudas sobre el modo en que se articula la relación entre el derecho de la Unión y el artículo 24 CE. Como hemos visto, la jurisprudencia constitucional viene considerando como parte del derecho a la tutela judicial efectiva la selección razonable de la norma aplicable al proceso en relación con el principio de primacía del derecho de la UE. Y, de este modo, considera que, cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el TJUE –que forma parte del derecho de la UE–, el desconocimiento y preterición del derecho de la Unión por parte del órgano judicial podrá dar lugar a la vulneración del artículo 24.1 CE.

Lo que creo que no resulta fácil es delimitar el alcance de la «interpretación auténtica» cuando se atribuye al Tribunal Constitucional la función de asegurar el respeto a la jurisprudencia del TJUE como parte del derecho de la UE y apreciar la vulneración del dere-

cho a la tutela judicial efectiva cuando el órgano judicial no haya aplicado esta interpretación auténtica pese a que debía hacerlo. Por una parte, el control constitucional de las resoluciones judiciales desde el prisma del artículo 24.1 CE es un control externo o formal, de razonabilidad de la decisión. Por otro lado, hay que recordar que el pronunciamiento que realice el TJUE al dar respuesta a una cuestión prejudicial vincula en el procedimiento en el que se haya planteado la cuestión y en otros que sean idénticos. ¿Y si el supuesto es parecido, pero no idéntico? En este caso, el órgano judicial podría haber razonado por qué considera que la solución ha de ser distinta, y si el Tribunal Constitucional otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de primacía del derecho de la UE, necesariamente ha de asumir una labor interpretativa que posiblemente iría más allá del canon de constitucionalidad que tradicionalmente se ha fijado a propósito del artículo 24.1 CE. Y, además, el Tribunal Constitucional corre el riesgo de que, posteriormente, el TJUE avale aquellos razonamientos del órgano judicial si se le plantea una cuestión prejudicial sobre un supuesto idéntico o prácticamente idéntico. Es decir, aunque se haya otorgado el amparo, posteriormente el TJUE podría entender en un caso similar que los razonamientos del órgano judicial no son contrarios al principio de efectividad. Como hemos visto, esto no parece que haya sucedido a propósito de la preclusión y la cosa juzgada. Las ideas generales que contenía la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, se han interpretado en el mismo sentido por parte del Tribunal Constitucional en los supuestos a él planteados, aun cuando el procedimiento de ejecución hipotecaria no estuviera sometido al régimen transitorio de la Ley 1/2013 por haberse iniciado después de su entrada en vigor. Y, posteriormente, el TJUE, en su sentencia de 17 de mayo de 2022, C-600/19, referida precisamente a un procedimiento iniciado tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, ha mantenido el mismo entendimiento de las cosas.

Sin embargo, las coincidencias entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la última sentencia del TJUE sobre esta cuestión, quizá, no sean plenas. Además de lo que se ha expuesto anteriormente, la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, contiene otro pronunciamiento importante y que se refiere al momento a partir del cual ya no es posible realizar un control judicial del carácter abusivo de las cláusulas en los procedimientos de ejecución hipotecaria por razones distintas a la cosa juzgada. Indica el TJUE que cuando «el procedimiento de ejecución hipotecaria ha concluido y los derechos de propiedad respecto del bien han sido transmitidos a

un tercero, el juez, actuando de oficio o a instancias del consumidor, ya no puede proceder a un examen del carácter abusivo de cláusulas contractuales que llevase a la anulación de los actos de transmisión de la propiedad y cuestionar la seguridad jurídica de la transmisión de la propiedad ya realizada frente a un tercero» (párrafo 57).

No obstante, como se ha indicado anteriormente, existen bastantes supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha concedido el amparo cuando el órgano judicial se ha negado a realizar el control judicial del carácter abusivo de las cláusulas por entender que el procedimiento había concluido una vez que se ha dictado el decreto de adjudicación. El Tribunal Constitucional ha concedido el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por selección no razonable de la norma aplicable al proceso porque, como indica la STC 31/2019, en la sentencia C-421/14, de 26 de enero de 2017, Banco Primus, el TJUE «afirmó, en relación con las dudas de admisibilidad presentadas a las cuestiones prejudiciales, que “a la luz de la legislación nacional presentada por el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento de ejecución hipotecaria en cuestión no ha concluido y continúa hasta que el inmueble se ponga en posesión del adquirente, tal como confirmó el Gobierno español en sus observaciones escritas” (apartado 32), añadiendo que “la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 establece que dicha disposición es aplicable ‘a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente’”» (apartado 32)» (FJ 7).

Tras la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, el Tribunal Constitucional no ha tenido aún ocasión de pronunciarse sobre si procede o no el control de abusividad de las cláusulas tras el decreto de adjudicación en procedimientos no sometidos al régimen transitorio de la Ley 1/2013. Habrá que ver si mantiene el mismo criterio que hasta ahora o lo revisa a la luz de este pronunciamiento del TJUE. Quizá fuera razonable entender que el control más allá del decreto de adjudicación podría tener cabida en el régimen transitorio de la Ley 1/2013, mientras que, en los demás casos, el control no debería considerarse posible una vez que se ha transmitido el inmueble, lo que, en sede judicial, y aunque no es una postura absolutamente unánime, se viene considerando que tiene lugar con el decreto de adjudicación²⁹. En cualquier caso, desde la perspectiva constitucional, habría que considerar que, una vez que el órgano judicial entienda que el procedimiento de ejecución ha concluido

²⁹ Entre los trabajos más recientes sobre esta cuestión, recogiendo las diversas posturas existentes, cfr. GÓMEZ LINACERO y CAMPO CANDELAS, *RCDI*, 2021, pp. 3443-3495. Concluyen estos autores como opción más acertada fijar el momento de transmisión del derecho en el dictado del decreto de adjudicación, p. 3482.

porque se ha transmitido la propiedad del bien (en mi opinión, no corresponde determinar esta cuestión al Tribunal Constitucional por ser una cuestión de legalidad ordinaria), no cabría el control de abusividad de las cláusulas, y la negativa a este control quizá no constituya una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por selección no razonable de la norma aplicable al proceso en relación con el principio de primacía del derecho de la Unión, a la luz del pronunciamiento del TJUE. Y para los procedimientos sujetos al régimen establecido en el Real Decreto ley 6/2023, de 19 de diciembre, el legislador habría tratado de zanjar la cuestión (veremos si lo ha hecho) con la preclusión que establece el artículo 551.4 LEC, tratando de impedir un control judicial ulterior y dejando estéril el debate sobre si cabe un control judicial de cláusulas abusivas hasta el decreto de adjudicación, hasta la entrega de la posesión material del bien al adjudicatario, u otro momento procesal, porque la cuestión solo podría ventilarse en el trámite inicial de oposición a la ejecución, con efecto preclusivo. Si, realmente, la norma procesal es conforme al principio de efectividad y la preclusión se aplica con toda su fuerza, el debate efectivamente devendrá estéril. Pero no en otro caso.

Tras la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, el Tribunal Constitucional solo se ha pronunciado a propósito del deber del juez de realizar un control del carácter abusivo de cláusulas del contrato en las sentencias 80/2022, de 27 de junio; 123/2022, de 10 de octubre; y 141/2022, de 14 de noviembre, objeto de este comentario, y más recientemente, las sentencias 23/2023, de 27 de marzo y 26/2023, de 17 de abril³⁰. Las dos primeras se refieren a procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados antes de la reforma de la LEC de 2013, y, por tanto, en los que la jurisprudencia establecida en la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, Banco Primus, parece que no ofrecería dudas. Otro tanto cabe decir de la STC 23/2023 y la STC 26/2023. Sin embargo, la STC 141/2022, de 14 de noviembre, se dicta respecto de un procedimiento de ejecución hipotecaria posterior a la reforma y, por tanto, en el que los pronunciamientos de la STJUE C-600/19, de 17 de mayo de 2022 pueden cobrar todo su sentido. Por este motivo, la sentencia merece mayor atención y dedicaré las páginas siguientes a su análisis.

³⁰ Se ha dictado también la STC 172/2023, de 11 de diciembre, pero en ese caso el recurso de amparo no se presentó por la negativa del juez de la ejecución hipotecaria a examinar el carácter abusivo de la cláusula, sino porque, iniciado un procedimiento declarativo posterior a la ejecución en el que se interesaba la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado, el órgano judicial apreció la excepción de cosa juzgada alegada por la entidad bancaria pese a que el procedimiento de ejecución hipotecaria anterior no contenía un pronunciamiento expreso sobre si la referida cláusula era o no abusiva.

V. LOS EFECTOS DE LA PRECLUSIÓN Y LA COSA JUZGADA EN LA STC 141/2022, DE 14 DE NOVIEMBRE

Para analizar los pronunciamientos que realiza el Tribunal Constitucional en la sentencia 141/2022, creo que ha de partirse de una exposición de lo acontecido en el procedimiento de ejecución hipotecaria, indicando a continuación los términos en que, según la recurrente en amparo, se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva para, finalmente, exponer cuál ha sido el razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional para conceder el amparo solicitado, realizando, finalmente, una valoración de la sentencia.

1. LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En este caso, el procedimiento que dio origen al recurso de amparo era un procedimiento de ejecución hipotecaria posterior a la reforma de la LEC por la Ley 1/2013, pues el auto que acordó el despacho de la ejecución era de 28 de mayo de 2015. La parte ejecutada –posteriormente, demandante de amparo– formuló oposición a la ejecución alegando la existencia de cláusulas abusivas, mencionando en concreto la cláusula de intereses moratorios, la cláusula de vencimiento anticipado y el pacto de liquidez. En su escrito se refirió también a otras cláusulas que calificaba como «confusas»: cláusula de amortización, intereses ordinarios (*sic*), tipo de interés variable y comisiones. La oposición a la ejecución se resolvió por auto de 10 de febrero de 2016, que se pronunció únicamente respecto de las tres primeras cláusulas, que eran las que se denunciaban como abusivas. Entendió que la cláusula de intereses moratorios era abusiva, pero no la cláusula de vencimiento anticipado ni el pacto de liquidez. Respecto del resto de cláusulas alegadas, indicaba el auto que «exceden del ámbito de la presente oposición por cuanto el artículo 695 LEC dispone que “1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo solo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: 4. El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”». Contra este auto, indicaba la propia resolución, cabía interponer recurso de apelación, pero no se planteó recurso.

A la vista de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en relación con la cláusula de vencimiento anticipado, se

dictó auto el 25 de mayo de 2017 acordando la suspensión del curso de las actuaciones hasta la resolución de la cuestión prejudicial. La suspensión se alzó por auto de 25 de marzo de 2021. En este auto se indicaba que la cuestión sobre el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado había quedado resuelta por STJUE de 26 de marzo de 2019, C-70/17 y 179/17, y la STS 463/2019, de 11 de septiembre, pero, en cualquier caso, en este procedimiento ya había un pronunciamiento con fuerza de cosa juzgada que rechazó el carácter abusivo de la cláusula: el auto de 10 de febrero de 2016. Frente a este auto formuló la parte ejecutada recurso de reposición alegando que no se habían analizado de oficio todas las cláusulas abusivas del contrato de préstamo hipotecario, en contra de la jurisprudencia establecida en la STC 31/2019, invocando como abusivas, al menos, la cláusula de vencimiento anticipado, la cláusula de intereses de demora, la cláusula suelo, la cláusula de intereses ordinarios devengados en base al año 360 días, el tipo de interés variable, el índice de referencia de préstamos hipotecarios, comisiones y gastos a cargo de la prestataria, la imposición de sociedad tasadora, la prohibición de arrendar, enajenar y gravar, entre otras. Este recurso fue desestimado por auto de 3 de julio de 2021, considerando el órgano judicial que la cuestión ahora planteada ya se había resuelto en el auto de 10 de febrero de 2016, que es firme y con efecto de cosa juzgada.

2. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DENUNCIADA

La cuestión que se plantea ante el Tribunal Constitucional es la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión como consecuencia de la negativa del órgano judicial a controlar el carácter abusivo de todas las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, y la vulneración del principio de primacía del derecho de la UE y de la jurisprudencia del TJUE, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y el derecho a un juicio justo del artículo 6.1 CEDH por incumplimiento de la doctrina establecida en la STC 31/2019.

Alega la recurrente que, en el auto de 10 de febrero de 2016, el órgano judicial se limitó a examinar el carácter abusivo de tres cláusulas, sin realizar un control del resto de cláusulas que la recurrente en amparo considera abusivas, a pesar de lo que establece la STC 31/2019 y la jurisprudencia del TJUE, que obliga a los tribunales a realizar un control de oficio y en cualquier

momento del proceso, del carácter abusivo de las cláusulas del contrato sobre las que no ha recaído una decisión judicial con fuerza de cosa juzgada.

3. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha entendido en este caso, a la luz de la doctrina establecida en la STC 31/2019, que se apoya a su vez en la STC 232/2015 y la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la negativa del órgano judicial a realizar un control de las cláusulas en el auto de 25 de marzo de 2021, alegando que el auto de 10 de febrero de 2016 tenía efecto de cosa juzgada. Indica el Tribunal Constitucional que esta argumentación era válida respecto de la cláusula de vencimiento anticipado y el pacto de liquidez, pero no respecto de las otras cláusulas. En el recurso de reposición se citaron expresamente otras cláusulas cuyo examen fue rechazado por el órgano judicial alegando cosa juzgada. Esta respuesta, señala el Tribunal Constitucional, frustra la expectativa revisora de la recurrente y las exigencias de motivación derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, así como la jurisprudencia constitucional sobre la obligación de control de oficio por el órgano judicial de la eventual abusividad de las cláusulas, que solo se exceptúa cuando ya se haya examinado en un anterior control judicial. El anterior control judicial solo había alcanzado a la cláusula de vencimiento anticipado, la cláusula de intereses moratorios y el pacto de liquidez. Al negarse el ulterior control de las demás cláusulas, habría incurrido en falta de motivación material, infringiendo el principio de primacía del derecho de la Unión, al prescindir de la interpretación impuesta por el TJUE e incurriendo en una interpretación irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso.

4. REVISIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Surgen varias cuestiones a considerar a partir de esta sentencia:

a) La STC 141/2022 no contiene ninguna mención a la STJUE C-600/19, de 17 de mayo de 2022. Surge la duda sobre qué valoración debe merecer este silencio. En el FJ 2 de la sentencia, el Tribunal Constitucional delimita el objeto del enjuiciamiento en el

sentido de que le corresponde determinar «si la negativa del órgano judicial a pronunciarse sobre el carácter abusivo de la cláusula aludida, so pretexto de que la regulación procesal vigente, tanto al admitir la petición inicial de procedimiento hipotecario como al despachar la ejecución, no lo exigía, vulnera o no el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por su eventual contradicción con la doctrina de este tribunal».

Parece que, en este caso, el recurso de amparo se habría planteado –y este sería el motivo de especial trascendencia constitucional– en base a que el órgano judicial que se niega a realizar el control del carácter abusivo de la cláusula, contradice la doctrina del Tribunal Constitucional, lo que podría conectarse, posiblemente, con el motivo f) de la STC 155/2009, FJ 2. Es decir, que, al negarse a realizar el control, el órgano judicial incurriría en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en la STC 31/2019. En la medida en que la doctrina constitucional de la STC 31/2019 se construye sobre la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, podría justificarse que el enjuiciamiento se apoye en esta sentencia del TJUE y no en la más reciente STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco. No obstante, creo que hubiera sido posible introducir también alguna mención a la jurisprudencia más reciente del TJUE, en la medida en que, en definitiva, de lo que se trataría es de valorar si el órgano judicial ha actuado conforme al derecho de la Unión y, particularmente, si ha respetado el principio de efectividad de la Directiva 93/13CEE, cuestión que queda algo más clarificada en la sentencia de 2022 respecto de lo que dijo el TJUE en su sentencia de 2017.

b) Observamos, y esto es prácticamente una constante en los recursos de amparo presentados en este ámbito, que no hay un cauce procedimental específico para que el consumidor inste el control judicial de cláusulas abusivas fuera del plazo de oposición a la ejecución, lo que hace que su canalización en el marco del procedimiento se lleve a cabo de modos diversos. En este caso, se hace a través de un recurso de reposición que se presenta frente al auto que acuerda alzar la suspensión del procedimiento. El cauce normal para alegar la existencia de cláusulas abusivas es la oposición a la ejecución en el plazo de diez días desde la notificación del auto por el que se despacha la ejecución. Pero este plazo, conforme a la jurisprudencia del TJUE (tanto en la cuestión prejudicial C-421/14, como en la C-600/19) no es preclusivo, y la legislación procesal no contempla un trámite *ad hoc* para invocar el carácter abusivo de las cláusulas fuera del plazo para formular oposición a la ejecución.

Por otra parte, según la jurisprudencia del TJUE, el juez tiene el deber de realizar este control tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello³¹. Por tanto, en la práctica, en cualquier momento hasta la terminación del procedimiento, el ejecutado debería poder alegar la existencia de cláusulas abusivas que fundamenten la ejecución o determinen la cuantía, si no existe un pronunciamiento con efecto de cosa juzgada respecto del posible carácter abusivo de la cláusula. La falta de cauce procedimental para alegar cláusulas abusivas es una opción legislativa que queda reforzada con la reforma de la LEC por el Real Decreto Ley 6/2023, al establecerse la preclusión en el art. 551.4 LEC. La duda es cómo articular una solución cuando los elementos para apreciar el carácter abusivo de la cláusula son posteriores a este momento procesal, pues el TJUE insiste en el deber judicial de control de oficio tan pronto como se disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. A primera vista, parece que el pronunciamiento del juez de primera instancia tendría un valor de cosa juzgada que se impondría en todo caso, según esta nueva configuración legal. Habrá que ver si este planteamiento legislativo es conforme al principio de efectividad (en su caso, lo dirá el TJUE) y/o a la jurisprudencia constitucional.

c) Pueden surgir algunas dudas sobre el concreto alcance que tendría en este caso la cosa juzgada. Por una parte, no se detalla en los antecedentes de la sentencia el contenido del auto que acordó el despacho de la ejecución, por lo que no sabemos si, en él, el órgano judicial indicó expresamente que había realizado un control de oficio de las cláusulas abusivas (a lo que queda obligado por aplicación del artículo 552.1 segundo párrafo LEC, vigente cuando se dictó el referido auto), ni tampoco si indicó al ejecutado expresamente que disponía de un plazo de diez días para formular oposición por la existencia de cláusulas abusivas y que, si no lo hacía en el referido plazo, precluiría tal posibilidad. De ser así, conforme a la jurisprudencia del TJUE³², habría que entender que el órgano

³¹ Por ejemplo, la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, Aziz, apartado 46; STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo y otros, apartado 58; STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, apartado 43; STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco, párrafo 37.

³² La STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco, indica en su párrafo 51: «En cambio, procede considerar que dicha protección quedaría garantizada si, en el supuesto contemplado en los apartados 49 y 50 de la presente sentencia, el juez nacional indicase expresamente, en su resolución en que se despacha ejecución hipotecaria, que ha examinado de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del título que da lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria, que dicho examen, motivado al menos sucintamente, no ha puesto de manifiesto la existencia de ninguna cláusula abusiva y que, si no formula oposición dentro del plazo establecido en el Derecho nacional, el consumidor ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas».

judicial sí podía oponerse a un ulterior control solicitado con posterioridad al plazo para formular oposición alegando la existencia de cosa juzgada. Hubiera sido deseable que el Tribunal Constitucional especificara este extremo para poder apreciar con más claridad que efectivamente no cabía oponer el efecto de cosa juzgada para negarse a un ulterior control de las cláusulas.

Por otra parte, el auto de 10 de febrero de 2016, que resolvió la oposición a la ejecución, examinó tres cláusulas, apreciando el carácter abusivo de una de ellas, y rehusó pronunciarse sobre las cláusulas que el consumidor había calificado como confusas. Posteriormente, en el recurso de reposición, se solicitó el control de abusividad de estas cláusulas y de otras no invocadas con anterioridad. Habría que precisar en qué medida el auto de 10 de febrero de 2016 tendría efecto de cosa juzgada respecto de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario. Creo que pueden distinguirse tres situaciones distintas:

1.º Parece que no habría duda en considerar que existe cosa juzgada respecto de las cláusulas cuyo eventual carácter abusivo fue examinado en el auto de 10 de febrero de 2016 (la cláusula de vencimiento anticipado, la cláusula de intereses de demora y el pacto de liquidez).

2.º El consumidor había invocado también otras cláusulas, que calificó como «confusas», no como abusivas. Y el órgano judicial rechazó pronunciarse sobre ellas por entender que no estaban incluidas en el artículo 695.1.4.º LEC. Lo que, según parece, no precisa el auto, y por tanto, no podemos saber, es si se consideró que estas cláusulas estaban excluidas del artículo 695.1.4.º LEC porque no se trataba de cláusulas que constituyeran el fundamento de la ejecución o que hubieran determinado la cantidad exigible, o porque no se solicitaba específicamente su control de abusividad, ya que más bien se calificaban por el consumidor ejecutado como «confusas», no como «abusivas». En concreto, se trataba de las cláusulas de amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable y comisiones. Las cláusulas relativas a los intereses sí que determinan la cantidad exigible –no la cláusula de amortización ni las comisiones–, por lo que cabría un control de abusividad conforme al artículo 695.1.4.º LEC, aunque no queda claro que el consumidor estuviera invocando el carácter abusivo de la misma. Pero, en cualquier caso, el auto no se recurrió en apelación, lo que dificulta que podamos disipar las dudas al respecto.

Resulta dudoso considerar si existe cosa juzgada respecto de estas cláusulas cuando, posteriormente, en el recurso de reposi-

ción, se alega su carácter abusivo³³, en la medida en que el órgano judicial se refirió a ellas, pero no llegó a realizar un control de su carácter abusivo, cualquiera que fuera el motivo alegado para ello.

3.º Finalmente, hay otras cláusulas que se invocan en el recurso de reposición y que no se habían alegado antes. Se trata de la cláusula suelo, quizá la cláusula de intereses ordinarios devengados en base al año 360 días (salvo que se refiriera a esta cláusula cuando invocó la cláusula de intereses ordinarios en la oposición a la ejecución, lo que no queda claro), el índice de referencia de préstamos hipotecarios, comisiones y gastos a cargo de la prestataria, la imposición de sociedad tasadora, la prohibición de arrendar, enajenar y gravar. De todas ellas, algunas quedan fuera del ámbito del artículo 695.1.4.º LEC –las comisiones y gastos a cargo de la prestataria, la imposición de sociedad tasadora y la prohibición de arrendar, enajenar y gravar– porque estas cláusulas ni fundamentan la ejecución (la fundamenta la cláusula de vencimiento anticipado) ni determinan la cuantía que se reclama. Respecto de la cláusula suelo, el índice de referencia, y quizá la cláusula de intereses ordinarios devengados en base al año 360 días, no había pronunciamiento anterior del juez por lo que quedaba este obligado a examinar su posible carácter abusivo, sin que pudiera alegar preclusión y cosa juzgada, a la vista de la jurisprudencia del TJUE.

d) En otro orden de cosas, es importante valorar la incidencia que tiene esta jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional sobre la sumariedad de las ejecuciones hipotecarias por la importancia que esta circunstancia tiene en su configuración, como se ha dicho al inicio de este trabajo. La doctrina del Tribunal Constitucional en este ámbito se concreta en que el órgano judicial no puede desatender lo establecido en la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, Banco Primus, y tiene que realizar un control de cualquier cláusula que pueda ser abusiva, tan pronto como el órgano judicial disponga de los elementos de hecho o de derecho necesarios y no exista cosa juzgada. La mera falta de control de una sola cláusula que pueda incidir en la cuantía reclamada, como la cláusula suelo, determina que en cualquier momento se pueda pro-

³³ Las cláusulas que inicialmente se habían calificado como «confusas» (las cláusulas de amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable y comisiones), no coinciden plenamente con las que se alegan en el recurso de reposición. Sí que coincide la cláusula de interés variable, y no queda claro si se vuelve a invocar la cláusula de intereses ordinarios. Esta mención es ambigua, pues no se alcanza a comprender a simple vista qué diferencia puede haber con la cláusula de intereses ordinarios, a menos que en la invocación inicial se estuviera refiriendo a la cláusula de intereses ordinarios en base al año 360 días, que se invoca en el recurso de reposición. Las cláusulas de amortización y de comisiones no se invocan en el recurso de reposición.

mover la tramitación de un incidente de oposición a la ejecución, con la consiguiente paralización del procedimiento, lo que puede llegar a ralentizar enormemente su tramitación si asistimos a un goteo constante de invocaciones por parte del ejecutado con relación al posible carácter abusivo de cada una de las cláusulas que inciden en la cuantía reclamada. De manera que la situación de inferioridad del consumidor y los principios de no vinculación y efectividad que sustentan esta jurisprudencia del TJUE podrían llegar a poner en grave riesgo la configuración de la ejecución hipotecaria como un procedimiento sumario, con todas las ventajas que ello comporta en el tráfico jurídico. Por ello, en mi opinión, la adecuada conciliación de los intereses en juego pasaría por una actuación del órgano judicial en los términos dibujados por la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, en el sentido de que el auto por el que se despacha la ejecución debe contener una mención específica a que se ha realizado el control de oficio de las cláusulas e indicar el carácter preclusivo para formular oposición, como ha previsto el legislador en la reforma del artículo 551 LEC por el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre. De este modo se permitiría que el efecto de cosa juzgada pueda operar como límite frente a un goteo incesante de escritos solicitando la paralización del procedimiento de ejecución para examinar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato que fundamenten la ejecución o determinen la cuantía reclamada. En todo caso, si se solicita el control de una cláusula sobre la que no se ha pronunciado, el órgano judicial debe examinar y resolver de un modo ágil. Lo que más entorpece en este caso, posiblemente, es la negativa a realizar el control, porque el consumidor presentará sucesivos escritos y, en último término, acudirán ante el Tribunal Constitucional que, previsiblemente, concederá el amparo en términos análogos a esta sentencia, acordando la nulidad de lo actuado desde que el órgano judicial se negó al control del carácter abusivo de la cláusula.

e) Momento final para realizar el control judicial de las cláusulas abusivas: a raíz de la STC 31/2019, y con apoyo en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, se ha venido entendiendo que el órgano judicial queda obligado al control del carácter abusivo de las cláusulas del contrato en cualquier momento hasta la entrega de la posesión del bien. Esto, en la práctica, se puede dilatar enormemente en el tiempo si el ejecutado se encuentra en situación de especial vulnerabilidad³⁴. Sin

³⁴ Según la redacción vigente del artículo 1 de la Ley 1/2013, se suspenden los lanzamientos de estos colectivos hasta transcurridos once años desde la entrada en vigor de la ley siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en la norma.

embargo, como hemos visto en páginas anteriores, la STJUE de 26 de enero de 2017 se pronunciaba específicamente sobre una cuestión muy concreta, a efectos de admisibilidad de la cuestión prejudicial y en relación con el régimen transitorio de la Ley 1/2013. Posteriormente, la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco, considera que es conforme a la Directiva 93/13/CEE una legislación procesal que no permite el control del órgano judicial «cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien» siempre que se pueda hacer valer el carácter abusivo de la cláusula en un procedimiento posterior. Parece apreciarse así una cierta divergencia entre las dos sentencias del TJUE que podría justificarse por el hecho de referirse a dos regulaciones distintas, la del régimen transitorio de la Ley 1/2013 y la legislación procesal general. Lo cierto es que, en el caso sometido a enjuiciamiento en la STC 141/2022, parece que no se plantea este problema porque podemos deducir de lo acontecido en el proceso que, cuando se solicitó el control de las cláusulas que se consideraban abusivas, no se había llevado a cabo aún la realización del bien³⁵.

Pero la duda es: ¿Cómo habría que resolver un procedimiento judicial iniciado después de 2013, en el que se deniegue el control de cláusulas abusivas porque se considera que el procedimiento ha terminado porque se ha realizado el bien y se ha dictado el decreto de adjudicación, y esta negativa del juez se realiza antes de la STJUE de 17 de mayo de 2022?

La respuesta a esta pregunta podría ser, a la luz de la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, considerar que el momento final a partir del cual ya no es posible realizar el control judicial de las cláusulas es aquel en el que, conforme al derecho nacional, se considere que el procedimiento ha concluido por haberse llevado a cabo la transmisión/realización del bien. Se trata, desde mi punto de vista, de una cuestión de legalidad ordinaria que ni puede determinar el TJUE ni puede precisar el Tribunal Constitucional. Sobre esta cuestión, por otra parte, no hay una posición unánime ni en la

³⁵ En este caso, la denuncia de la existencia de cláusulas abusivas se realizó mediante un recurso de reposición frente al auto que acordó alzar la suspensión. Indica además la sentencia 141/2022 que, después de que se alzara la suspensión por auto de 25 de marzo de 2021 y se resolviera el recurso de reposición por auto de 3 de julio de 2021, se dictó diligencia de ordenación de 25 de febrero de 2022 en la que se daba traslado a la entidad ejecutante por plazo de cinco días para que, si le conviniera, solicitara la adjudicación del inmueble subastado. De ello podemos deducir que cuando se solicitó el control de las cláusulas abusivas, no se había llevado a cabo aún la realización del bien.

doctrina ni en los tribunales³⁶. En todo caso, parece advertirse una cierta tendencia en sede judicial a considerar que el decreto de adjudicación podría ser el momento final del procedimiento de ejecución en el que se produce la transmisión del bien. Sea como fuere, entiendo que, si son los tribunales de la jurisdicción civil quienes deben precisar esta cuestión, cuando un órgano judicial se negara a realizar el control de cláusulas abusivas argumentando que en el momento en que se ha solicitado, aunque no se haya procedido al lanzamiento, la ejecución ha concluido, no cabría apreciar que se haya separado de la jurisprudencia del TJUE y que, con ello, se vulnera también el artículo 24 CE. Siendo así, posiblemente, no procedería otorgar el amparo en este caso. Para los procedimientos sometidos al régimen establecido en el Real Decreto Ley 6/2023, el efecto preclusivo del art. 551.4 LEC podría hacer estéril este debate.

f) La revisión de la legislación procesal: en relación con el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, la STJUE de 17 de mayo de 2022 contiene unos pronunciamientos importantes en relación con el ámbito de la cosa juzgada del auto que acuerda el despacho de la ejecución y del que, en su caso, resuelva la oposición a la ejecución formulada por considerar que existen cláusulas abusivas en las que se fundamenta la ejecución o la cuantía exigida. Parece que las pautas que da la STJUE de 17 de mayo de 2022 a propósito de los requisitos que debería reunir el auto que acuerda el despacho de la ejecución para tener el efecto de cosa juzgada respecto del carácter abusivo de las cláusulas se habrían trasladado a la LEC a través del Real Decreto Ley 6/2023 en los términos apuntados en páginas anteriores con el fin de procurar que los jueces nacionales se ajusten siempre a estas previsiones y preservar el procedimiento de ejecución hipotecaria como un procedimiento sumario, evitando continuas interrupciones del mismo para tramitar incidentes de oposición a la ejecución cada vez que el consumidor alegue la existencia de una cláusula abusiva. También podría haber sido conveniente que, en su caso, la LEC regulara el cauce para alegar cláusulas abusivas transcurrido el plazo para formular oposición en aquellos casos en que no pueda considerarse que hay cosa juzgada, e, incluso, que se precisara legalmente momento en el que ya no podría alegarse la existencia de estas cláusulas por considerar que el procedimiento ya ha concluido y se ha transmitido el bien, disipando de este modo cual-

³⁶ El tema ha sido ampliamente tratado en la doctrina y la jurisprudencia menor. Un análisis bastante completo y reciente sobre el estado de la cuestión y las diferentes posturas sobre el momento en que se transmite el bien es el realizado por GÓMEZ LINACERO y CAMPO CANDELAS, *RCDI*, 2021, pp. 3443-3495.

quier duda acerca del momento procesal concreto que marca el límite final al respecto. No obstante, lo cierto es que en la última reforma de la LEC no se ha incluido ninguna referencia a estas cuestiones.

VI. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Al margen de las consideraciones anteriores, y desde una perspectiva más general o abstracta, esta jurisprudencia que venimos analizando pone en evidencia cómo las normas procesales nacionales quedan subordinadas o condicionadas por el principio de efectividad del derecho de la UE. Creo que es interesante profundizar sobre esta idea y las conexiones que puede encontrar con el derecho a la tutela judicial efectiva, quizá en una dimensión incluso distinta o matizada respecto del modo en que se viene resolviendo por parte del Tribunal Constitucional y a la luz de la jurisprudencia más reciente del TJUE.

El principio de autonomía procesal de los Estados miembros es uno de los principios por los que se rige el derecho de la Unión y, conforme al mismo, se deja al derecho nacional de cada Estado la regulación en el ámbito procesal, pero esta autonomía se subordina a la necesidad de procurar el pleno efecto o la efectividad de los derechos reconocidos en el ordenamiento de la UE, como consecuencia del principio de primacía. Así, el TJUE determina, a la vista de las cuestiones prejudiciales que se le planteen, si las normas procesales nacionales hacen imposible o extremadamente difícil la efectividad de estos derechos³⁷.

La jurisprudencia del TJUE dictada en relación con la problemática que venimos analizando parte de la situación de inferioridad del consumidor frente al profesional en el ámbito de la Directiva, y el principio de no vinculación del artículo 6.1 de la Directiva, con el que se trata de reemplazar el equilibrio formal del contrato por un equilibrio real. Podemos entender, en la línea que señala Tapia Hermida³⁸, que este planteamiento juega en el

³⁷ Este último extremo, es decir, si resulta «extremadamente difícil», resulta o puede resultar incierto, como indica *CARMONA CONTRERAS, TyRC*, 2017, p. 313, lo que genera el planteamiento de numerosas cuestiones prejudiciales por parte de los jueces nacionales para dilucidar si las normas procesales internas cumplen con el principio de efectividad.

³⁸ *TAPIA HERMIDA, LLUE*, 2022, p. 3.

ámbito del derecho sustantivo, y a ello se suma, por otro lado, una protección en el plano procesal a través del principio de efectividad, que en el caso de la Directiva 93/13/CEE se reconoce en el artículo 7.1.

El problema de fondo que se plantea en este ámbito es la colisión entre las normas procesales nacionales, que se enmarcan en el ámbito de la autonomía procesal de los Estados miembros, y los principios de equivalencia y efectividad del derecho de la UE, particularmente el principio de efectividad, en la medida en que el control judicial de las cláusulas abusivas debe ser efectivo, es decir, debe procurarse la tutela judicial efectiva de consumidor respecto a los derechos reconocidos en la Directiva. La tensión se produce en la medida en que las normas procesales nacionales sobre preclusión y cosa juzgada constituyen un obstáculo para que la protección que la Directiva 93/13/CEE dispensa al consumidor, que tiene consideración de orden público, despliegue todos sus efectos. Como indica Tapia Hermida³⁹ a propósito de la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, y otras dictadas en la misma fecha, en ellas el Tribunal de Justicia se plantea el alcance material de la tutela judicial efectiva de los consumidores frente a la cosa juzgada.

Y, de este modo, el TJUE, aunque reconoce la importancia de la cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos nacionales porque permite garantizar la estabilidad del derecho y las relaciones jurídicas, así como la recta administración de justicia, lo que impide impugnar resoluciones judiciales firmes (STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, párrafo 41), sitúa su límite en los principios de equivalencia y efectividad. Esto ya se reconocía en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus. Pero la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco, va algo más allá en sus consideraciones de índole procesal. En relación con el principio de efectividad, reconoce una obligación de los Estados miembros en relación con la tutela judicial efectiva, que se contiene en el artículo 7.1 de la Directiva, pero que se consagra también en el artículo 47 CDFUE y «que es aplicable, entre otros aspectos, a la definición de la regulación procesal relativa a las acciones judiciales basadas en tales derechos» (párrafo 45)⁴⁰. Aunque en la sentencia de 2017 se alude

³⁹ *LLUE*, 2022, p. 10.

⁴⁰ Esta conexión del principio de efectividad de la protección al consumidor dispensada por la Directiva 93/13/CEE y el derecho a la tutela judicial efectiva con alusión expresa al artículo 47 CDFU comenzó a realizarse en sentencias anteriores, como la STJUE de 10 de junio de 2021, C-776/19 a 782/19, BNP Paris Bas Personal Finance S.A., o la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/16, Sziber, pero se referían a la regulación procesal

al principio de tutela judicial efectiva de los consumidores (párrafo 48), se menciona como un «principio», mientras que la sentencia de 2022 realiza una mención expresa al artículo 47 CDFUE, es decir, la tutela judicial efectiva como derecho fundamental de la UE. Hay una diferencia de matiz, pero, sin duda, una diferencia sobre la que se puede reflexionar. En la medida en que se reconoce en la última sentencia explícitamente esta conexión entre el principio de efectividad y el artículo 47 CDFUE, parece que se está transitando de un principio del derecho de la UE a un derecho fundamental reconocido en la Carta, y el TJUE lo ha querido poner de relieve no solo en esta sentencia, sino también en alguna otra que se ha dictado en los últimos años en relación con la autonomía procesal y la efectividad de la Directiva 93/13/CEE⁴¹. Ahora nos comenzamos a mover, como indica el TJUE, en el ámbito concreto del artículo 47 CDFUE. Las normas procesales nacionales ceden en este caso frente a un derecho fundamental del ordenamiento de la Unión. El artículo 47 CDFUE se aplica a toda persona que quiera hacer valer un derecho que el confiere el ordenamiento de la UE ante el TJUE o ante los jueces nacionales, es decir, es un derecho fundamental que obliga también a los órganos judiciales de los Estados miembros, encargados de aplicar el derecho europeo⁴². De manera que, cuando el juez nacional deba aplicar la Directiva 93/13/CEE, y en concreto el principio de no vinculación, que es de orden público según indica el TJUE, debe hacerse en términos que se garantice la efectividad de estas normas europeas, lo que, como vemos en el tema que nos ocupa, puede colisionar con normas procesales nacionales.

La duda es qué implicaciones puede tener esta referencia al artículo 47 CDFUE sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, el derecho fundamental en clave de derecho nacional y, por ende, qué papel le correspondería desarrollar al Tribunal Constitucional, si es que debe jugar alguno. El Tribunal Constitucional no se ha referido explícitamente a esta cuestión, ni menos aún ha asumido formalmente la función de garantizar el respeto del

relativa a las acciones basadas en los derechos reconocidos en la directiva y la determinación de los órganos judiciales competentes para conocer de las mismas.

Y los términos en que se pronuncia la STJUE de 17 de mayo de 2022, Ibercaja Banco, C-600/19 se producen simultáneamente al dictado de otras tres sentencias que vienen a insistir en el alcance del principio de efectividad en el ámbito de la Directiva 93/13/CEE: las sentencias que dan respuesta a las cuestiones prejudiciales C-689/19, las cuestiones planteadas en los asuntos acumulados C-693/19 y C-831/19 y la cuestión prejudicial C-725/19.

⁴¹ La STJUE de 10 de junio de 2021, C-776/19 a 782/19, BNP Paris Bas Personal Finance S.A., o la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/16, Sziber, que se acaban de citar.

⁴² En este sentido, LÓPEZ ESCUDERO, 2008, p. 743.

artículo 47 CDFUE en el ámbito nacional⁴³. No obstante, en relación con el control judicial de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, ha entendido como parte del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de deber de motivación en relación con la selección razonable de la norma aplicable al proceso, el derecho del consumidor a que el órgano judicial aplique la jurisprudencia del TJUE establecida en la sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, y a la que más recientemente se ha referido en la sentencia de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco. De este modo, el juez debe realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas incluso después de que haya precluido el plazo para formular oposición, por haberse establecido así en la jurisprudencia del TJUE, y, si no lo hace, estará vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, el Tribunal Constitucional revisa en el caso concreto si el órgano judicial ha aplicado la jurisprudencia del TJUE y, si no lo ha hecho —o, a su juicio, no lo ha hecho correctamente, por ejemplo, por entender que el control es posible en todo caso hasta el lanzamiento, aunque se haya realizado el bien—, concede el amparo por vulneración del artículo 24.1 CE.

De este modo, el Tribunal Constitucional asume la función de velar por la aplicación del derecho de la Unión en los procedimientos de ejecución hipotecaria que se desarrollen dentro del Estado miembro. Y con la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, expresamente se indica que este derecho del consumidor es un derecho fundamental reconocido en el artículo 47 de la Carta: el derecho a que el consumidor pueda ejercitar las acciones judiciales basadas en los derechos reconocidos en la Directiva 93/13/CEE, sin que se le pueda oponer la preclusión o la cosa juzgada dentro de los límites marcados por el TJUE en su sentencia. Podemos entender que el Tribunal Constitucional está garantizando entonces, al otorgar el amparo, el respeto al art 47 de la Carta a través del artículo 24.1 CE, aunque no lo indique expresamente. Esto no significa necesariamente, en mi opinión, que se invoque o se pueda invocar ante el Tribunal Constitucional el artículo 47 CDFUE, pero podría plantearse si, existiendo una jurisprudencia del TJUE sobre el artículo 47 de la Carta, cuando el consumidor

⁴³ Sin embargo, en Alemania, el Tribunal Constitucional modificó su jurisprudencia anterior a través de los autos *Recht auf Vergessen I* y *II*, determinado que, cuando la acción de los Estados miembros esté totalmente determinada por el derecho de la Unión, la Carta actuará como canon de constitucionalidad. Por el contrario, cuando la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional alemán aplicará los derechos fundamentales tal y como vienen reconocidos en la Ley Fundamental, que ofrece, en principio, una protección equivalente o superior a la Carta. Cfr. LENAERTS, 2022, pp. 11 y 12.

considere que órgano judicial no aplica esta jurisprudencia o no lo hace correctamente, vulnerando con ello su derecho a la tutela judicial efectiva con relación al ejercicio de acciones judiciales basadas en los derechos que reconoce la Directiva, este consumidor puede acudir ante el Tribunal Constitucional invocando la vulneración del artículo 24.1 CE y obtener el amparo. Indirectamente, por la vía del artículo 24.1 CE, el Tribunal Constitucional se convertiría de este modo en la práctica en guardián dentro del Estado del respeto a la jurisprudencia del TJUE sobre el artículo 47 CDFUE. Quizá indirectamente ya lo venía haciendo desde la STC 31/2019, y tal vez por ello, al analizar la jurisprudencia constitucional en esta materia, ha afirmado Carmona Contreras⁴⁴ que la jurisprudencia del TJUE en relación con el principio de efectividad en la protección al consumidor que dispensa la Directiva 93/13/CEE va más allá de la legalidad ordinaria y adquiere «dimensión constitucional» por quedar conectada con el derecho a la tutela judicial efectiva, hasta el punto de considerar que se produce «una elevación del estándar europeo de protección de tal derecho fundamental a favor de los deudores hipotecarios en el curso de procedimientos judiciales que tiene como objeto la protección de la vivienda».

De manera que podríamos concluir que, *de facto*, a través de la jurisprudencia constitucional desarrollada en este ámbito, el Tribunal Constitucional ha venido a garantizar el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor en relación con el derecho de la Unión tal y como lo interpreta el TJUE como derecho fundamental de la Carta en relación con la efectividad de los derechos reconocidos en la Directiva 93/13/CEE. Y en este contexto, podría plantearse, incluso, la posibilidad de que, si el Tribunal Constitucional tuviera dudas sobre la interpretación de la jurisprudencia del TJUE en relación con la efectividad de la Directiva en un caso concreto en el que se haya formulado recurso de amparo, podría plantear una cuestión prejudicial. En la medida en que la cuestión ya no podría considerarse de mera legalidad ordinaria, pues el propio TJUE en su sentencia de 17 de mayo de 2022 atribuye la consideración de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE, que indirectamente se tutelaría a través del recurso de amparo, nos podríamos estar moviendo en un terreno propio del marco constitucional y en el que, tal vez, no habría que descartar este entendimiento de las cosas.

⁴⁴ TyRC, 2017, pp. 321 y 322.

VII. LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 24 CE EN RELACIÓN CON LA FALTA DE PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE POR PARTE DEL JUEZ NACIONAL

En la jurisprudencia constitucional, como se ha anunciado en páginas anteriores, las relaciones entre el artículo 24 CE y el derecho de la UE no se limitan al derecho a la tutela judicial efectiva. Como hemos visto, este es el ámbito en el que el Tribunal Constitucional ha venido concediendo el amparo cuando en los procedimientos de ejecución hipotecaria el órgano judicial se ha negado al control de abusividad de las cláusulas alegando preclusión y cosa juzgada a pesar de la jurisprudencia del TJUE sobre la cuestión.

Sin embargo, en relación con la aplicación del derecho de la UE por parte de los órganos judiciales existe también una jurisprudencia constitucional relativa a los casos en que el órgano judicial ha decidido no plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, que conecta con el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE. Aunque no se ha realizado ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional en este terreno a propósito de los casos en que pueda ser de aplicación la Directiva 93/13/CEE en las ejecuciones hipotecarias, creo que puede ser interesante explorar también esta jurisprudencia, particularmente porque el modo en que se ha desarrollado puede, tal vez, contribuir a explicar cómo y por qué la jurisprudencia constitucional sobre el control judicial de cláusulas abusivas se ha incardinado en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, pese al efecto expansivo del derecho de la Unión sobre el ámbito constitucional que indirectamente está comportando. Además, no es extraño que, en sede judicial, ante la negativa del órgano judicial a realizar el control de cláusulas abusivas, el consumidor haya solicitado al juez el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, obteniendo en muchos casos respuesta negativa o el silencio del órgano judicial.

Para abordar adecuadamente este tema, resulta procedente realizar unas consideraciones acerca de la cuestión prejudicial, exponiendo a continuación la postura que el Tribunal Constitucional viene manteniendo en relación con el artículo 24 CE y el planteamiento de cuestiones prejudiciales, seguido de la valoración doctrinal que se ha dado a la misma dentro del territorio nacional. Posteriormente, realizaré un breve apunte sobre el enfoque de este problema por parte del TEDH para, finalmente, realizar unas reflexiones sobre esta doctrina y el control judicial de cláusulas

abusivas en procedimientos de ejecución hipotecaria en relación con la jurisprudencia del TJUE.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS ACERCA DEL PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE

La cuestión prejudicial tiene un doble objeto: la interpretación de los tratados y del derecho derivado, y el examen de la validez de los actos de las instituciones. Es la primera, la cuestión prejudicial de interpretación, la que ahora interesa. A través de la misma, cualquier órgano jurisdiccional nacional puede dirigirse al TJUE para que disipe las dudas interpretativas en relación con el derecho de la Unión, y de este modo se procura evitar o limitar las interpretaciones diferenciadas de las mismas entre los Estados miembros. El TJUE se limita a determinar cuál es la interpretación de la norma europea, correspondiendo al juez nacional su aplicación⁴⁵.

La cuestión prejudicial se prevé en el artículo 267 TFUE. Conforme establece el precepto, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede pedir al TJUE que se pronuncie sobre la interpretación de una norma del derecho de la Unión cuando considere necesaria una decisión al respecto para emitir el fallo. Es decir, en principio, el planteamiento de la cuestión prejudicial queda a criterio del órgano judicial nacional. No obstante, añade el artículo 267 TFUE: «Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal». Es decir, la facultad de plantear cuestión prejudicial se torna en obligación cuando la decisión que se vaya a dictar en el procedimiento no sea susceptible de recurso en derecho interno.

El TJUE se ha encargado, no obstante, de interpretar este precepto –es decir, en qué medida existe tal obligación de plantear cuestión prejudicial– a través de la STJUE de 6 de octubre de 1982, C-283/81, Cilfit, que interpreta el artículo 177 del Tratado constitutivo de la CEE, actual artículo 267 TFUE.

De acuerdo con esta jurisprudencia, no basta con que una de las partes litigantes plantee una cuestión de interpretación del derecho europeo para que el órgano jurisdiccional esté obligado a plantear la cuestión prejudicial. No está obligado a hacerlo si la

⁴⁵ MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERA, 2020, p. 496.

cuestión no es pertinente, en el sentido de que no pueda tener incidencia en la solución del litigio. Pero, si para la solución del litigio es necesario acudir al derecho de la UE, el artículo 177 (ahora, art. 267 TFUE) le impone la obligación de plantear la cuestión prejudicial. El TJUE matiza que no existirá tal obligación si la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo (así lo había reconocido ya en la sentencia *Da Costa en Schaake NV y otros*, de 27 de marzo de 1963). Y lo mismo habría que concluir si el TJUE ya hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, aun cuando las cuestiones debatidas no sean idénticas. En estos casos, el órgano jurisdiccional nacional tiene «plena libertad» para someter la cuestión al TJUE si lo considera oportuno. Tampoco hay tal obligación cuando de manera evidente no haya lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada, pero el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros y al Tribunal de Justicia. Y en relación con esta última cuestión, deben tenerse en cuenta las diversas versiones lingüísticas al comparar las interpretaciones de una disposición de derecho europeo⁴⁶.

A la vista de lo anterior, cabe concluir que los órganos judiciales nacionales no tienen, como regla general, obligación de plantear cuestión prejudicial cuando deban aplicar una norma de derecho de la Unión a un litigio. Tal obligación solo existe cuando la resolución que dicten no sea susceptible de recurso en derecho interno y concurran los requisitos indicados en la sentencia *Cilfit*: 1) que la cuestión sea pertinente, en el sentido de que para la solución del litigio deba aplicarse la norma europea; 2) que no exista ya una interpretación del TJUE sobre esa cuestión; 3) que haya duda razonable sobre la correcta aplicación del derecho de la UE⁴⁷.

⁴⁶ La sentencia *Cilfit* (párrafo 21) sintetiza del siguiente modo los criterios para determinar la obligación de plantear la cuestión prejudicial, en términos seguidos por toda la jurisprudencia posterior del TJUE: «un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad».

⁴⁷ En este sentido, por ejemplo, la STS 776/2021, de 10 de noviembre, declaró que resulta improcedente plantear nueva cuestión prejudicial sobre hipoteca multdivisa porque

2. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y EL ARTÍCULO 24 CE

Aunque el tratamiento de la cuestión relativa a la decisión de no plantear cuestión prejudicial no ha sido absolutamente uniforme en la jurisprudencia constitucional⁴⁸, la interpretación que parece encontrar un mayor respaldo es la que se mantiene en los pronunciamientos más recientes, que encontramos particularmente en la STC 37/2019, de 26 de marzo, muy próxima en el tiempo a la STC 31/2019, de 28 de febrero, y que se reitera en la STC 67/2019, de 20 de mayo. En la STC 37/2019, FJ 4, el Tribunal Constitucional hace una recopilación de (algunos) pronunciamientos anteriores (SSTC 58/2004, de 19 de abril; 194/2006, de 19 de junio y 232/2015, de 5 de noviembre) y sintetiza su doctrina jurisprudencial del siguiente modo:

«a) Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga esta rango de ley o no) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una “duda objetiva, clara y terminante” sobre esa supuesta contradicción [SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14; 232/2015, FJ 5 a)]. Tal duda objetiva puede derivar (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica en la resolución impugnada en amparo; (ii) porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan; (iii) o bien por la conjunción de ambas circunstancias (STC 58/2004, FFJJ 13-14); b) Resulta igualmente contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por alteración del sistema de fuentes: inaplicar una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del “acto aclarado”, en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que “la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo” (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, Cilfit, apartado 13) como, por ejemplo, se

las posibles dudas que se puedan plantear ya han sido resueltas explícita o implícitamente en pronunciamientos anteriores.

⁴⁸ Hace un repaso de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional LORA, *AJUM*, 2019, pp. 83 y 84.

examinó en la ya citada STC 194/2006; c) En sentido contrario a lo anterior, “dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el artículo 24 CE” [STC 232/2015, FJ 5 b), con cita de las anteriores SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3]; d) Asimismo, cumpliéndose con los requisitos de la doctrina del “acto aclarado”, también hemos dicho que “corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva” [STC 232/2015, FJ 5 c), con cita de la anterior STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6; en igual sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5 b); 162/2016, de 3 de octubre, FJ 2, y 75/2017, de 19 de junio, FJ 2].»

En definitiva, el Tribunal Constitucional parece considerar como planteamiento general que solo se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE cuando el órgano judicial deja de aplicar la norma de derecho nacional en uno de estos dos supuestos: el primero, por considerar que la norma nacional se opone al derecho de la UE, pero ha llegado a tal apreciación sin haber planteado cuestión prejudicial, pese a existir una duda objetiva, clara y terminante sobre la posible contradicción; y, el segundo, porque para inaplicar la norma nacional se ha basado en la doctrina del acto aclarado, pese a que la cuestión planteada no sea materialmente idéntica a la que fue objeto de decisión mediante cuestión prejudicial.

Si, al contrario, no plantea cuestión prejudicial y aplica la norma nacional supuestamente contraria al derecho de la Unión, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando haya realizado una interpretación racional de la legalidad ordinaria.

La protección del principio de primacía del derecho de la UE por parte del Tribunal Constitucional solo se lleva a cabo, según esta jurisprudencia, cuando exista una interpretación auténtica por parte del TJUE y el órgano judicial no la aplica, incurriendo en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por selección no razonable de la norma aplicable al proceso.

No obstante, este entendimiento de las cosas no es el que siempre ha mantenido el Tribunal Constitucional⁴⁹. En un primer momento, consideró que la decisión del juez ordinario de no plantear cuestión prejudicial cuando no apreciara dudas sobre la aplicación del derecho de la Unión al caso concreto era una cuestión de legalidad ordinaria⁵⁰. Este planteamiento se ha superado, al entender en algunas sentencias –las más recientes serían las SSTC 37/2019 y 67/2019– que se vulnera el artículo 24 CE si no se plantea cuestión prejudicial.

A propósito de este enfoque, indicaba Arroyo Jiménez⁵¹ con anterioridad a la STC 37/2019 que la vulneración del artículo 24.2 CE cuando el juez inaplica ciertas normas por su propia autoridad sin plantear una cuestión o reenvío prejudicial se ha perfilado en la jurisprudencia constitucional a propósito de los casos en que el juez inaplica leyes contrarias a la Constitución, y parece considerar este autor que este mismo entendimiento es trasladable a los casos en que se inaplica la norma interna sin plantear cuestión prejudicial. Y, en concreto, se vulnera el artículo 24.2 CE cuando el órgano judicial que inaplica la ley interna no plantea la cuestión prejudicial debiendo hacerlo, es decir, cuando concurren los presupuestos fijados por el propio derecho europeo, cuya concurrencia corresponde apreciar a los jueces y tribunales ordinarios, tal y como estableció la STC 78/2010, de 20 de octubre. Se vulneraría entonces el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, pero también el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en su vertiente relativa al derecho a obtener una resolución fundada en derecho. Y sostiene Arroyo Jiménez que, de acuerdo con esta doctrina constitucional, la cuestión prejudicial solo opera como una garantía procesal en el sentido del artículo 24.2 CE frente a la inaplicación judicial de la ley, mientras que, en el caso de que sea obligado plantear cuestión prejudicial y no se hace, pero no se inaplica la ley (la norma interna), entonces, la cuestión debe enjuiciarse desde la perspectiva a obtener una resolución motivada (art. 24.1 CE), donde el canon constitucional se delimita por la arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta o error patente de carácter fáctico. Y ello porque «el Tribunal Constitucional no puede convertirse en el guardián de la correcta aplicación por los órganos judiciales españoles del régimen de la cuestión prejudicial definido por el Derecho de la Unión, sino que su papel en tal sentido ha de limitarse a depurar aquellos casos en los que el

⁴⁹ Así lo indica, por ejemplo, MARTÍN VALERO, *DLL*, 2019, p. 9.

⁵⁰ SSTC 111/1993, 180/1993.

⁵¹ *REDC*, 2014, pp. 307-312.

órgano judicial, además de interpretar y aplicar incorrectamente la legislación europea, vulnera al hacerlo algún derecho fundamental sustantivo o alguna de las normas adscritas al artículo 24 CE por el Tribunal Constitucional»⁵². Y discrepa expresamente del voto particular de la STC 27/2013, de 11 de febrero, en el que la magistrada Adela Asúa Batarrita defendía que el canon de enjuiciamiento del artículo 24.2 CE ha de aplicarse a la decisión de no promover una cuestión prejudicial aun cuando la resolución judicial no inaplique una ley interna. Entiende Arroyo Jiménez que no sería conveniente adoptar este criterio porque implicaría asignar al Tribunal Constitucional «una función de supervisión general de la aplicación del régimen de la cuestión prejudicial por parte de los jueces y tribunales que (...) le es en principio ajena»⁵³.

Aunque la postura predominante hoy es esta última, la STC 78/2010, de 20 de octubre, dictada por el Pleno del tribunal, parece que se desmarcó en alguna medida de aquel criterio estableciendo una diferenciación entre el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad y cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Mientras que en las primeras es imprescindible su planteamiento para dejar sin aplicar una norma legal posterior a la Constitución, en el caso de la cuestión prejudicial, no hay obligación de plantearla, incluso cuando se trate de una decisión que no sea susceptible de recurso, cuando la cuestión suscitada fuera materialmente idéntica a otra que ya ha sido objeto de cuestión prejudicial en un caso análogo, o cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión, remitiéndose aquí a la doctrina *Cilfit*⁵⁴. Y expresamente concluye que «para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del artículo 24 CE, en caso de que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria». Este criterio se defendió en el voto particular que formuló el magistrado D. Andrés Ollero Tassara a la STC 37/2019.

⁵² Cit., pp. 311 y 312.

⁵³ Cit., p. 312.

⁵⁴ Indica RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, p. 231, que la STC 78/2010 destacó los elementos distintivos entre un procedimiento y otro (cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial) para señalar que su régimen jurídico es distinto y también lo es, por tanto, el modo de operar del juez en uno y otro caso. Discrepa, en este punto, de la lectura que sobre este extremo realiza el voto particular de la STC 37/2019, pues no creo que se haya abandonado esta distinción; «simplemente, este no hubo de enfrentarse a un supuesto de inaplicación de la ley interna por contradicción con el DUE durante los años 2010 a 2019», indica.

La cuestión, en definitiva, aunque no exenta de cierta polémica, parece ser que la jurisprudencia constitucional sobre esta materia se ha constituido a partir de un paralelismo entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial ante el TJUE, a pesar de que su mecánica es muy distinta y, quizá por ello, los resultados a los que conduce este paralelismo no son unánimemente aceptados en la doctrina, como veremos a continuación.

3. VALORACIONES DOCTRINALES DE ESTA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La STC 37/2019 generó no pocas reacciones en la doctrina, prácticamente todas ellas en la misma línea, de las que se pueden destacar como principales ideas las que se indican a continuación.

1.º Las normas internas y las normas europeas quedan situadas en distinto plano a efectos del control que pueda realizar el Tribunal Constitucional sobre la procedencia de su inaplicación. La doctrina constitucional que a día de hoy parece imperar en relación con el artículo 24 CE y el planteamiento de cuestión prejudicial entiende vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, únicamente, si se inaplica la ley nacional por el juez ordinario de última instancia sin que lo respalde una interpretación auténtica del TJUE, mientras que el control de la inaplicación del derecho de la UE se reconduce al canon constitucional del deber de motivación. Tal planteamiento dispar en función de la norma que se inaplique denota un control más intenso del Tribunal Constitucional cuando la norma que se deja de aplicar es la norma nacional; este tipo de control no rige cuando el juez nacional decida inaplicar la norma europea. No se entiende para muchos autores por qué el compromiso del Tribunal Constitucional es más intenso con relación a la aplicación de la norma nacional que respecto de la norma europea cuando ambas forman parte del sistema de fuentes y, además, respecto de la norma europea rige el principio de primacía⁵⁵. ¿No debería mostrarse equidistante respecto de ambas normas? A fin de cuentas, tanto la interpretación de la ley nacional como la interpretación de la norma comunitaria caen fuera del ámbito de su jurisdicción.

Este planteamiento del Tribunal Constitucional llama aún más la atención si tenemos en cuenta que en el derecho de la UE rige el

⁵⁵ En sentido parecido, LORA, *AJUM*, 2019, pp. 85 y 86; HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *EDJ*, 2020, pp. 2-4; RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, p. 237; SARMIENTO, *AD*, 2019.

El voto particular de la STC 37/2019 concluye en este sentido que la sentencia favorece la aplicación de la ley nacional en detrimento del derecho de la Unión, con el resultado de una doctrina lógicamente inconsistente.

principio de primacía, que no comporta una relación de jerarquía –la cual, sin embargo, sí se deriva cuando se pretende inaplicar la ley nacional por entenderse contraria a la Constitución, y conlleva que la norma legal se anule, lo que exige plantear cuestión de inconstitucionalidad–. Conforme al principio de primacía, la norma nacional, que sigue siendo válida, queda desplazada en el caso concreto porque se opone a la norma europea. Esta diferente mecánica entre la norma legal inconstitucional, que ha de considerarse nula y se expulsa del ordenamiento, y la norma legal que se opone al derecho europeo, que no se anula, sino que simplemente queda desplazada por la norma de derecho europeo en el caso concreto por efecto del principio de primacía, parece ser el origen de las disfunciones de esta jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional, al intensificar el control cuando se inaplica la norma nacional sin plantear cuestión prejudicial, sitúa a esta en una posición de cierta preeminencia *de facto* cuando, quizá, debiera mostrar la misma intensidad de control frente a las normas europeas y nacionales, teniendo en cuenta que todas ellas forman parte del ordenamiento jurídico en sentido amplio. Por ello quizá sea dudoso establecer un paralelismo entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial. En la cuestión prejudicial, el juez elige la norma aplicable al caso, pudiendo ocurrir que aplique la norma nacional o que no la aplique por quedar desplazada en ese ámbito concreto por la norma europea, pero en ningún caso la no aplicación de la norma nacional significa que sea nula por ser contraria a una norma jerárquicamente superior.

Esta decisión sobre la norma aplicable le corresponde al juez nacional interpretando las normas –la norma nacional y la norma europea– y, si tiene duda, puede plantear cuestión prejudicial ante el TJUE por ser este el intérprete del derecho de la Unión, siendo obligatorio su planteamiento en determinados casos que marca el derecho europeo. Y si incumple esta obligación, debiera considerarse que la intensidad del incumplimiento sería igual tanto si el resultado a que ha llegado es la aplicación de la norma nacional como de la norma europea. Sin embargo, el control del Tribunal Constitucional a efectos del artículo 24.2 CE solo se proyecta sobre la inaplicación de la norma nacional, mientras que en caso contrario se reconduce al artículo 24.1 CE.

2.º Con este planteamiento, el Tribunal Constitucional cae en la interpretación de la legalidad ordinaria, porque para apreciar si debió plantearse cuestión prejudicial antes de inaplicar la ley nacional, debe comprobar una serie de extremos que son de legalidad ordinaria: si existía una duda objetiva, clara y terminante sobre la

posible contradicción entre la jurisprudencia del TJUE y la norma nacional, o si se ha aplicado la doctrina del acto aclarado en una cuestión que no era materialmente idéntica a la que motivó la cuestión prejudicial. En este sentido, se han apuntado⁵⁶ también los problemas que se derivan del enfoque que realiza el Tribunal Constitucional, que le lleva a interpretar preceptos de la legalidad ordinaria y decidiendo si la «temática» de las sentencias del TJUE que se invocan como constitutivas del «acto aclarado» es diferente a la que atañe al caso decidido en el litigio. Esta interpretación de la legalidad ordinaria, función que no le corresponde⁵⁷, sería consecuencia, según se señala⁵⁸, de su equivocada doctrina, al atribuirse el Tribunal Constitucional el papel de determinar él cuándo la cuestión litigiosa es o no materialmente idéntica a la resuelta por el TJUE en pronunciamientos anteriores para apreciar si se ha infringido el artículo 24.2 CE cuando el órgano judicial inaplica la norma nacional sin plantear cuestión prejudicial.

En relación con esta cuestión, también se ha apuntado que, ante la decisión del juez de inaplicar el derecho nacional sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, el Tribunal Constitucional debería limitarse a comprobar si el órgano judicial ha motivado en su resolución la incompatibilidad de la norma nacional con el derecho de la UE sin que le queden dudas al respecto. El juez nacional podría errar en su razonamiento, pero en tanto su decisión fuera motivada y no resultase arbitraria ni manifiestamente irrazonable, no habría que entender vulnerado ningún derecho fundamental, pues el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un pretendido derecho al acierto judicial⁵⁹.

3.º El Tribunal Constitucional realiza su propia configuración sobre el modo de proceder del órgano judicial con relación al planteamiento de la cuestión prejudicial en términos que no casan con la configuración dada desde el derecho europeo.

Se ha apuntado desde la doctrina que el planteamiento del Tribunal Constitucional no se ajusta, en realidad, a la jurisprudencia del TJUE que determina cuándo tiene obligación el juez nacional de plantear cuestión prejudicial y cuándo queda relegado de este deber⁶⁰. En este sentido, se indica que el juez ordinario no tiene

⁵⁶ HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *EDJ*, 2020, p. 3.

⁵⁷ Como apuntan también LORA, *AJUM*, 2019, p. 86; IBÁÑEZ GARCÍA, *DLL*, 2019, p. 8, con remisión estos dos autores al voto particular de la STC 37/2019; también RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, p. 241.

⁵⁸ En opinión de HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *EDJ*, 2020, p. 3.

⁵⁹ IBÁÑEZ GARCÍA, *DLL*, 2019, p. 6.

⁶⁰ Entre otros, HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *EDJ*, 2020, p. 4; RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, pp. 238-241.

obligación de plantear cuestión prejudicial, salvo que su decisión no admita recurso en derecho interno, con la salvedad establecida en la doctrina Cilfit, y, a propósito de esta, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional sobre el acto claro no se ajusta a la jurisprudencia del TJUE. El Tribunal Constitucional entiende que la sentencia que se invoque debe haber resuelto un caso sobre la misma norma europea y en un supuesto totalmente análogo, pero la sentencia Cilfit permite invocar la doctrina del acto aclarado cuando exista una jurisprudencia del TJUE que haya resuelto la cuestión de derecho de que se trate, «cualquiera que sea su naturaleza»⁶¹. Si el órgano judicial concluye que no está obligado a plantear cuestión prejudicial, el control que realice el Tribunal Constitucional no debería ser distinto al que realiza cuando los tribunales ordinarios interpretan y aplican la ley, es decir, el canon constitucional del deber de motivación⁶². El Tribunal Constitucional, sin embargo, realiza una interpretación del «acto aclarado» a efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial que exige una «identidad material» que el propio TJUE ha relajado, y, al entenderlo así, alterando el criterio del TJUE, se ha llegado a decir que se convierte también en intérprete del derecho de la Unión⁶³.

Este diferente enfoque que hace el Tribunal Constitucional trastoca también los principios que articulan la relación del derecho europeo con los derechos nacionales, particularmente el principio de primacía⁶⁴. Corresponde al juez nacional, de conformidad con el principio de primacía, garantizar la plena eficacia del derecho de la Unión, inaplicando, si procede, por su propia iniciativa, cualquier disposición de derecho nacional contraria (STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106/77, Simmenthal). Cuando el Tribunal Constitucional intensifica su control, precisamente en los casos en que el juez aplica la norma europea e inaplica la norma nacional, parece que no permite que el planteamiento del principio de primacía se desarrolle con facilidad.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL TEMA

Los problemas acerca de la aplicación de las normas europeas y las normas nacionales del Estado miembro no son una cuestión circunscrita al ámbito español. El problema se ha planteado también ante el TEDH invocando el artículo 6.1 del Convenio, lo que lleva

⁶¹ LOZANO, *AGAyP*, 2019, p. 3; RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, p. 239.

⁶² HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *EDJ*, 2020, p. 5.

⁶³ Lo afirma, por ejemplo, LORA, *AJUM*, 2019, p. 86.

⁶⁴ En este sentido, RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, p. 240.

a que consideremos también este enfoque para ofrecer una visión global de la cuestión.

Esta jurisprudencia se ha venido desarrollando en relación con procedimientos judiciales en los que una de las partes litigantes entendía que procedía realizar una determinada interpretación de una norma europea (generalmente una directiva) y el órgano judicial ha resuelto de un modo distinto sin plantear cuestión prejudicial. De este modo, se ha establecido una reiterada jurisprudencia del TEDH que considera vulnerado el artículo 6.1 del Convenio cuando el órgano judicial de última instancia rechaza el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, teniendo en cuenta que tal rechazo solo es posible en casos excepcionales⁶⁵.

Así, a lo largo de esta jurisprudencia, el TEDH destaca que corresponde al juez nacional interpretar y aplicar el derecho nacional, si es aplicable de conformidad con el derecho de la UE, y decidir si es necesario plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. Y esta cuestión se conecta con el artículo 6.1 CEDH porque, en algunos casos, el rechazo a plantear la cuestión prejudicial puede ser arbitrario, vulnerando el derecho a un juicio justo. Considera que es arbitraria la decisión cuando no cabe excepción, cuando la decisión se basa en razones distintas a las previstas en las normas o la negativa no se ha razonado debidamente⁶⁶.

Y añade⁶⁷ que la obligación de plantear una cuestión prejudicial por parte de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, prevista en el artículo 267 TFUE, no es una obligación absoluta porque de la jurisprudencia *Cilfit* del TJUE se derivan algunas excepciones en las que no existiría tal obligación (cuando la cuestión es irrelevante, cuando la norma europea ya ha sido interpretada por el TJUE o cuando la correcta aplicación del derecho de la UE es tan evidente que no deja lugar a la duda razonable). Y aunque el CEDH no garantiza, como tal, el derecho a que el órgano judicial plantee cuestión prejudicial ante el TJUE, el artículo 6.1 del Convenio sí exige que los tribunales nacionales proporcionen los motivos por los que se decide no plantear cuestión prejudicial, especialmente cuando la ley aplicable solo permite rechazar la petición en casos excepcionales. La función del TEDH en estos casos, según

⁶⁵ En este sentido, la sentencia de 15 de diciembre de 2022, caso de Rutar y Rutar Marketing D.O.O. contra Eslovenia; la sentencia de 13 de febrero de 2020, caso Sanofi Pasteur contra Francia; la sentencia de 24 de abril de 2018, caso Baydar contra Países Bajos; la sentencia de 20 de septiembre de 2011, caso Ullens de Schooten y Rezabek contra Bélgica.

⁶⁶ STEDH de 24 de abril de 2018, caso Baydar contra Países Bajos, párrafo 39.

⁶⁷ STEDH la sentencia de 13 de febrero de 2020, caso Sanofi Pasteur contra Francia, párrafos 67 a 69.

indica el propio tribunal, consiste en asegurarse de que la decisión denegatoria que se impugna se ha acompañado de tal razonamiento, sin que corresponda al tribunal examinar los posibles errores que puedan haber cometido los tribunales nacionales al interpretar o aplicar el derecho. En relación con esto último, destaca la idea de que corresponde a los órganos judiciales nacionales interpretar y aplicar el derecho nacional y, cuando sea necesario, de conformidad con el derecho de la UE, limitándose el papel del TEDH a asegurarse de que los efectos de la resolución sean compatibles con el Convenio. En definitiva, desde la perspectiva del artículo 6.1 del Convenio, el TEDH considera que, en lo relativo al artículo 267 TFUE, los tribunales nacionales cuyas resoluciones no sean susceptibles de recurso que denieguen el planteamiento de una cuestión prejudicial están obligados a proporcionar las razones de su negativa a la luz de las excepciones establecidas en la jurisprudencia del TJUE.

Es decir, desde la perspectiva del artículo 6.1 del Convenio, la decisión del juez nacional con relación al planteamiento de una cuestión prejudicial en función de lo que establece el artículo 267 TFUE y la doctrina *Cilfit* es una cuestión que se examina únicamente desde el parámetro del deber de motivación.

Podríamos plantearnos si sería conveniente trasladar este mismo razonamiento al artículo 24 CE, por cuanto tampoco corresponde al Tribunal Constitucional interpretar las normas de derecho europeo ni, por tanto, determinar si concurren los presupuestos para apreciar que resulta obligatorio plantear una cuestión prejudicial. Pero, aunque no tenga atribuida tal función, se podría vulnerar el artículo 24 CE si la decisión del órgano judicial resulta irrazonable, arbitraria o basada en un error patente.

Cuando el Tribunal Constitucional asume un control más intenso, porque el órgano judicial ha inaplicado la ley nacional sin plantear cuestión prejudicial, está asumiendo él la interpretación de las normas europeas sobre la obligación de plantear cuestión prejudicial para revisar si la decisión del órgano judicial es o no es correcta.

5. REFLEXIONES EN RELACIÓN CON EL CONTROL JUDICIAL DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

En los supuestos que centran la atención de este trabajo, es decir, los casos en que, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, el consumidor solicita que se realice el control de cláusulas abusivas transcurrido el plazo para formular oposición, frente a la posible preclusión y cosa juzgada que establecen las

normas procesales nacionales –y de manera particularmente contundente en la actualidad, tras la reforma de la LEC por el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre–, suele entender el consumidor que la jurisprudencia del TJUE y el principio de primacía del derecho de la Unión avalarían la consideración de que procede este control, en principio extemporáneo. Y es posible –y no extraño– que en este contexto soliciten al órgano judicial el planteamiento de una cuestión prejudicial, que puede no obtener respuesta o recibir una respuesta negativa. Cabe señalar que nos encontramos en uno de los casos en que la decisión judicial no admite recurso⁶⁸, por lo que, conforme al artículo 267 TUE, el órgano judicial tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial, aunque esta obligación queda matizada a través de lo que se viene llamando doctrina *Cilfit*, de manera que, cuando se cumplan los presupuestos que indica esta doctrina, la obligación de plantear cuestión prejudicial decae.

Si el órgano judicial no plantea la cuestión prejudicial y aplica la norma nacional sobre preclusión y cosa juzgada (cosa relativamente habitual y quizá propiciada indirectamente por la jurisprudencia constitucional anteriormente expuesta sobre el artículo 24.2 CE y la cuestión prejudicial⁶⁹), habría que entender que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, no cabe un control bajo el parámetro del artículo 24.2 CE porque, según hemos visto, este solo procede cuando se inaplica la ley nacional. De manera que la jurisprudencia constitucional sobre el planteamiento de cuestión prejudicial no permite otorgar el amparo frente a este tipo de comportamiento de algunos órganos judiciales. Si se aplica la norma europea (en este caso, la Directiva 93/13/CEE) y se inaplica la norma nacional sobre preclusión y cosa juzgada, sin haber planteado previamente una cuestión prejudicial, según la jurisprudencia constitucional, se vulneraría el artículo 24.2 CE porque podemos entender que en estos casos sí habría una duda objetiva, clara y terminante, dado que la jurisprudencia establecida en la sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, se dicta a propósito del régimen transitorio de la Ley 1/2013 respecto de previsiones específicas que no son de aplicación en la legislación procesal general, y algunos de los pronunciamientos de esta sentencia han sido matizados o aclarados en la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco, y más recientemente, se

⁶⁸ Sí que se puede recurrir en apelación el auto que resuelve sobre el carácter abusivo de las cláusulas, pero no la resolución judicial que deniega el control.

⁶⁹ RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, p. 238, con cita de doctrina anterior, indica que el planteamiento del Tribunal Constitucional puede entenderse como un incentivo para la aplicación del derecho interno; para SARMIENTO, *AD*, 2019, p. 5, la doctrina del Tribunal Constitucional tendría un «efecto perverso».

ha llevado a cabo una nueva reforma legal que parece acomodarse a algunos de los pronunciamientos de la última STJUE citada, aunque la rotundidad con que se proclama la preclusión podría, quizá, chocar con el principio de efectividad en algunos casos.

Este resultado es paradójico si tenemos en cuenta que, en la práctica, la jurisprudencia constitucional, por un camino distinto, ha llegado al resultado contrario, es decir, ha considerado que al no aplicarse la STJUE de 26 de enero de 2017 (eso sí, sin exigir el planteamiento de cuestión prejudicial) se ha vulnerado el artículo 24 CE, aunque en su apartado 1. Si el Tribunal Constitucional asumiera una jurisprudencia análoga a la que mantiene el TEDH a propósito de la aplicación del derecho de la UE, se vulneraría el artículo 24 CE cuando el órgano judicial de última instancia no plantea cuestión prejudicial, ni lo motiva a la luz de la jurisprudencia Cilfit, y no habría vulneración del artículo 24 CE si el órgano judicial de última instancia razona por qué no plantea cuestión prejudicial al resolver de un modo distinto a como lo interpreta el consumidor (en este caso, al no aplicar tal y como pretende el consumidor la STJUE de 26 de enero de 2017), teniendo en cuenta los supuestos en que excepcionalmente no existe la obligación de plantear cuestión prejudicial según la jurisprudencia Cilfit.

De acuerdo con la lógica de la jurisprudencia constitucional actual, la cuestión debería reconducirse en estos casos al ámbito del artículo 24.1 CE, donde el control es menos intenso, es un control externo y formal, limitado a comprobar que la resolución judicial esté motivada y que su motivación no sea irracional, arbitraria o basada en un error patente, teniendo en cuenta que el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el derecho al acierto judicial. Y es, precisamente, en este ámbito, donde se ha situado la jurisprudencia constitucional.

Pero si observamos cómo se ha venido desarrollando en la práctica esta jurisprudencia, quizá en alguna medida se pudiera considerar que su función ha ido algo más allá de este mero control externo del artículo 24.1 CE. Como hemos visto, existen casos en que el Tribunal Constitucional ha apreciado la obligación del control judicial en contra de la preclusión y la cosa juzgada en términos que pudieran ir más lejos de lo que ha llegado a establecer el TJUE en su sentencia de 26 de enero 2017, por ejemplo, cuando concede el amparo frente a la negativa del órgano judicial a realizar el control de abusividad tras el decreto de adjudicación.

En la STC 141/2022, que justifica y sirve de base para este trabajo, se realizó un primer control en el que se examinaron únicamente tres cláusulas, y se declaró abusiva la cláusula de intereses

moratorios, pero no la cláusula de vencimiento anticipado, ni el pacto de liquidez. Esta resolución no fue recurrida y devino firme. Ante el planteamiento de cuestión prejudicial por parte del Tribunal Supremo con relación a la cláusula de vencimiento anticipado, se suspendió la ejecución, reanudándose posteriormente mediante auto de 25 de marzo de 2021. En este auto se indica que ya existe en el procedimiento un pronunciamiento firme que rechazó la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, que goza de la autoridad de cosa juzgada, por lo que no procede realizar ahora el análisis de la referida cláusula, y se apoya para ello en la STJUE de 26 de enero de 2017 cuando afirma que la Directiva 93/13/CEE «no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada». El consumidor recurre este pronunciamiento en reposición porque el juzgado solo ha examinado las cláusulas alegadas, pero no ha realizado el examen de oficio de todas las cláusulas, por lo que no existe cosa juzgada, e invoca expresamente nueve cláusulas que considera abusivas, entre ellas, la de vencimiento anticipado. El recurso se desestima razonando que la recurrente ya había formulado oposición en su momento, y fue resuelta por auto de 10 de febrero de 2016, que devino firme y tiene el efecto de cosa juzgada.

El Tribunal Constitucional concede el amparo en este caso. Razona que la negativa a revisar las cláusulas, «con quiebra de las exigencias de motivación derivadas del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y de la propia doctrina anteriormente expuesta, se enfrenta con nuestros pronunciamientos relativos a la obligación de control de oficio por el órgano judicial de la eventual abusividad de las cláusulas, que únicamente se exceptúa en el caso de que el carácter abusivo hubiera sido examinado en un anterior control judicial», idea que desarrolla desde el entendimiento de que el primer control de abusividad quedó circunscrito a tres cláusulas, sin extenderse al resto. Concede el amparo por falta de motivación material y porque la decisión judicial infringió el principio de primacía del derecho de la Unión, «al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante», incurriendo en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso.

Se podría considerar que el control que realiza el Tribunal Constitucional en este caso no es un mero control formal de motivación tal y como genéricamente se viene interpretando, como mero control externo que no alcanza al derecho al acierto judicial⁷⁰. El control constitucional de la motivación judicial en este caso se intensifica, comprobando que se haya aplicado la jurisprudencia del TJUE, y, aunque no lo indica expresamente, que se haya aplicado «correctamente», porque en este caso no podemos decir que el órgano judicial haya desconocido la jurisprudencia europea, que cita en su decisión, lo que sucede es que la interpreta de un modo distinto a como lo hace el Tribunal Constitucional. El control, por tanto, se extiende al acierto judicial. Este control más intenso en relación con la motivación se viene admitiendo en la jurisprudencia constitucional en algunos supuestos en los que se viene refiriendo a la existencia de un deber de motivación reforzada⁷¹, y cuando la cuestión afecta a derechos fundamentales sustantivos, el control constitucional va más allá del mero control externo del deber de motivación⁷². Quizá nos podríamos encontrar ahora, también, ante uno de esos casos en los que el control constitucional va más allá de ese mero control formal o externo, aunque el Tribunal Constitucional no lo ha afirmado explícitamente.

En este sentido, observamos que en la problemática que ahora nos ocupa, la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19 ha precisado que la cuestión afecta al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE, a propósito de la efectividad de los derechos que confiere la Directiva 93/13/CEE, en relación con el ejercicio de acciones judiciales⁷³. Es decir, nos estaríamos moviendo en el terreno de un derecho fundamental europeo y, además, en una cuestión –

⁷⁰ Respecto de esta cuestión, indica, entre otras muchas, la STC 50/1988, de 22 de marzo, FJ 2, que «el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva no puede incluir la exigencia de acierto, en términos de legalidad ordinaria, de la resolución recaída, ni la de que el órgano judicial acoja las tesis de una de las partes sobre las cuestiones de hecho o de derecho debatidas en la litis».

⁷¹ Quizá el ejemplo paradigmático sea la protección del interés superior del menor del artículo 39 CE, respecto del cual, realiza una detallada exposición sobre su tratamiento en la jurisprudencia constitucional la STC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.

⁷² En este sentido, la STC 8/2022, de 27 de enero, FJ 4 y las que allí se citan.

⁷³ Tras esta sentencia del TJUE, creo que no se podría compartir la opinión de QUESADA LÓPEZ, 2020, pp. 209 y 210, cuando distingue entre el principio de efectividad y el artículo 47 CDFUE en el sentido de dotar al primero de una mayor fuerza expansiva, que traspasa sus límites propios de los derechos sustantivos, sobrepasando la propia atribución de competencias a la Unión, mientras que los derechos de la Carta quedarían encorsetados por el artículo 51 CDFUE en el sentido de que no podrían ampliar su contenido más allá de los mismos límites del propio derecho sustantivo europeo. Con la jurisprudencia reciente del TJUE, parece que el principio de efectividad de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 47 CDFUE proyectado sobre la Directiva vendrían a ser una misma cosa: garantizar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor en la citada norma, entendida como una efectividad en el ámbito procesal.

la no vinculación de las cláusulas abusivas que establece el artículo 6.1 de la Directiva— que el propio TJUE ha calificado como de orden público⁷⁴, y quizá por ello pudiera justificarse un control constitucional más intenso que el mero control formal del deber de motivación. Aunque no se trasluce en la jurisprudencia constitucional, al menos hasta hoy, que nuestro Tribunal Constitucional haya asumido una función de estas características, en este ámbito el resultado práctico al que se llega es, en mi opinión, el que se ha descrito. De este modo, el Tribunal Constitucional se convertiría en garante dentro del Estado miembro del respeto a la jurisprudencia del TJUE en relación con los derechos fundamentales de la UE.

De manera que, quizá, se podría entender que cuando la cuestión controvertida en relación con la aplicación el derecho de la UE afecte al artículo 47 o a otro derecho fundamental de la Carta, precisamente por tratarse de un derecho fundamental europeo, el control constitucional de la motivación devendría más intenso. Fuera de estos casos, es decir, cuando la norma europea no se refiera a derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE, en mi opinión, el control constitucional debería reconducirse al ámbito de la cuestión prejudicial entendida en términos similares a como viene haciendo el TEDH. Respecto de estas cuestiones, el Tribunal Constitucional asumiría entonces un papel menos activo en la defensa del derecho de la UE y más equidistante entre el derecho nacional y el europeo, aunque para entenderlo así, sería preciso un cambio o una evolución en la jurisprudencia constitucional porque, como hemos visto, la negativa a plantear cuestión prejudicial se mueve en el terreno del artículo 24.2 CE, pero el control constitucional solo se despliega cuando el juez inaplique la ley nacional. Si esta problemática se entendiera bajo el enfoque del TEDH a propósito del artículo 6.1 del Convenio, evitaría que el Tribunal Constitucional realice una interpretación sobre la correcta aplicación de la norma, o sobre la correcta selección de la norma nacional o europea (con el riesgo de equívoco que ello puede conllevar), aunque sí exigiría al juez una motivación respecto de su decisión de no plantear cuestión prejudicial a la luz de la doctrina *Cilfit*.

VII. VALORACIÓN FINAL

Como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE dictada a la luz del principio de efectividad con relación a la Directiva 93/13/CEE,

⁷⁴ Por ejemplo, en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus.

el Tribunal Constitucional viene desarrollando una jurisprudencia con la que se trastoca el planteamiento tradicional de las ejecuciones hipotecarias con relación a la preclusión para formular oposición y el efecto de cosa juzgada formal en aquellos casos en que el ejecutado sea un consumidor y alegue la existencia de cláusulas abusivas. A través de esta jurisprudencia, se fortalece la posición –como punto de partida, debilitada– que tiene el ejecutado que reúne la condición de consumidor en el procedimiento de ejecución de títulos no judiciales cuando en ellos se contengan cláusulas que puedan ser abusivas, minorando la tradicional fuerza ejecutiva del título mediante un procedimiento judicial sumario.

La jurisprudencia del TJUE no solo ha provocado una reforma legal para que se pueda formular oposición alegando el carácter abusivo de alguna cláusula en la que se fundamenta la ejecución o determine la cuantía, sino que también entiende, y lo hace de forma especialmente clara en la sentencia de 17 de mayo de 2022, C-600/19, que el control judicial sobre este extremo puede realizarse en cualquier momento, en tanto no haya un pronunciamiento al respecto y hasta que se transmita el bien. Estas circunstancias bajo las que puede realizarse el control judicial de las cláusulas abusivas entran en colisión con algunas normas procesales nacionales, en particular, las normas sobre preclusión y cosa juzgada, lo que motiva que algunos jueces hayan mostrado reticencias a acoger la interpretación del TJUE porque ello podría suponer contravenir las normas contenidas en la LEC.

La cuestión controvertida puede ser, para algunos, el papel que cumple el Tribunal Constitucional en el cumplimiento de esta jurisprudencia, al otorgar el amparo por vulneración del artículo 24.1 CE cuando el juez se niega a realizar el control de abusividad de la cláusula alegando preclusión y cosa juzgada. En último término, el objeto del debate puede ser qué papel asume el Tribunal Constitucional frente al incumplimiento del derecho de la UE. En principio, tanto la interpretación de la ley procesal nacional, cuestión de legalidad ordinaria, como el derecho europeo, cuya interpretación corresponde al TJUE, caerían fuera del ámbito de la jurisdicción constitucional, y no es fácil delimitar el ámbito del control del tribunal de garantías.

Una forma, quizá la más sencilla, para evitar una posible extralimitación del Tribunal Constitucional, consistiría en tratar de reconducir el problema de la actuación judicial a apreciar si debió plantear o no cuestión prejudicial en el caso concreto para que fuera el TJUE quien determinara si la norma procesal nacional que pretende aplicar el juez se opone a la Directiva. Si debió hacerlo, se

estimaría el amparo, anulando lo actuado para que el juez plantee cuestión prejudicial y resuelva conforme le indique el TJUE.

El problema para aceptar este enfoque radica en que la jurisprudencia constitucional sobre el planteamiento de cuestión prejudicial se viene situando en el artículo 24.2 CE en términos que no permitirían otorgar el amparo frente al juez que entiende aplicable la norma nacional frente a la jurisprudencia europea sin plantear cuestión prejudicial –únicamente cabría el amparo por una motivación irracional o arbitraria en el marco del artículo 24.1 CE–. Sin perjuicio de la posible pertinencia de revisar este entendimiento de las cosas, podría, tal vez, explicarse la intervención del Tribunal Constitucional a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva asumiendo que la efectividad de la Directiva 93/13/CEE forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE, como viene entendiendo el TJUE en pronunciamientos recientes, entre ellos, en la sentencia de 17 de mayo de 2022, C-600/19. De acuerdo con la naturaleza de derecho fundamental europeo de la cuestión controvertida, podría aceptarse que el Tribunal Constitucional pueda estar llamado a asumir un control más intenso en relación con el deber de motivación que el que normalmente despliega con relación a la legalidad ordinaria. Esto, que supondría un cambio de paradigma desde un planteamiento teórico y que carece de un reconocimiento expreso por parte del Tribunal Constitucional, es algo que en la práctica se puede deducir de la jurisprudencia que concede el amparo a la luz de la interpretación que realiza el TJUE a propósito de la efectividad de la Directiva, como ocurre en la STC 141/2022, objeto de este comentario.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO JIMÉNEZ, Luis: «La aplicación judicial del derecho de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial efectiva. Una propuesta de sistematización», *REDC*, 2014, pp. 293-316.
- BLÁZQUEZ PEINADO, M.^a Dolores: «El procedimiento de ejecución hipotecaria y su adecuación a la normativa europea en materia de protección a los consumidores por cláusulas abusivas. Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia», *RGDE*, 2016, pp. 10-30.
- CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús: «La cosa juzgada derivada del incidente de oposición a la ejecución (el pasado se hace presente)», en F. JIMÉNEZ CONDE y R. BELLIDO PENADÉS (dir.), *Justicia: ¿garantías «versus» eficiencia?*, Valencia, 2019, pp. 233-263.
- CARMONA CONTRERAS, Ana: «La construcción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un estándar común de protección de derechos del consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria», *TyRC*, 2017, pp. 307-332.

- CORDERO LOBATO, Encarna: «Control judicial sobre cláusulas abusivas y ejecuciones hipotecarias», *RAD*, 2013, pp. 1-5.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Comentario al artículo 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución», en A. SALAS CARCELLER (dir.) *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Cizur Menor, 2012, pp. 781-787.
- «Cuestiones polémicas sobre el proceso de ejecución», en J. F. HERRERO PEREZAGUA (dir.), *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*, Cizur Menor, 2015, p. 279-303.
- CRESPO ALLUÉ, Fernando: «Comentario al artículo 695», en A. LORCA NAVARRETE y V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, Valladolid, 2000, pp. 3557-3565.
- GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, María José: «La sentencia de 28 de febrero de 2019 del Tribunal Constitucional: preclusión procesal, cosa juzgada y derecho de propiedad en la declaración de abusividad de una cláusula contractual», *DPyC*, 2020, pp. 343-380.
- GÓMEZ LINACERO, Adrián, y CAMPO CANDELAS, Jesús: «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: momento de transmisión y revisión crítica», *RCDI*, 2021, pp. 3443-3495.
- HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín: «La tormentosa relación del Tribunal Constitucional con el derecho la Unión Europea», *EDC* 2020/500023.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: «El nuevo canon de control establecido por el Tribunal Constitucional respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales europeas», *DLL*, 9408/2019.
- LENAERTS, Koen: «La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la UE: un diálogo entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales de los Estados miembros», conferencia pronunciada en la visita institucional al Tribunal Constitucional de España, Madrid, 6 de mayo de 2022.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel: «Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», en A. MANGAS MARTÍN (dir.) *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Bilbao, 2008, pp. 739-757.
- LORA, Carlos: «Aplicación del derecho de la UE y vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (reflexiones a la luz de la STC 37/2019, de 26 de marzo)», *AJUM*, 2019, pp. 82-88.
- LOZANO CUTANDA, Blanca: «El TC limita la discrecionalidad de los tribunales para inaplicar leyes sin plantear cuestión prejudicial», *AGAyP*, 2019, pp. 1-4.
- MANGAS MARTÍN, Araceli, y LIÑÁN NOGUERA, Diego Javier: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2020.
- MARTÍN VALERO, Ana Isabel: «Planteamiento de la cuestión prejudicial y derecho a un proceso con todas las garantías. Comentario a la STC 37/2019, de 26 de marzo», *DLL*, 7173/2019.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del derecho español con la Directiva de cláusulas abusivas», *RDC*, 2017, pp. 163-181.
- QUESADA LÓPEZ, Pedro Manuel: *Desencuentros entre el derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿una relación imposible?*, Cizur Menor, 2020.
- RIPOL CARULLA, Santiago: «La sentencia del Tribunal Constitucional 37/2019: la aplicación del canon de control más específico del artículo 24.2 CE a las decisiones judiciales que no aplican una norma nacional contraria al DUE sin planteamiento de cuestión prejudicial», *RGDE*, 2020, pp. 205-241.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo: «Tras la doctrina del TJUE: ¿sigue siendo santa la cosa juzgada?», *RAD*, 2017, pp. 1-7.

SARMIENTO, Daniel: «Los Tribunales Constitucionales como garantes de la obligación de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia», Almacén de Derecho, 2019 (URL: <https://almacenederecho.org/los-tribunales-constitucionales-como-garantes-de-la-obligacion-de-plantear-cuestion-prejudicial-al-tribunal-de-justicia>)

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Efectividad de la tutela judicial de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de los contratos bancarios», *LLUE*, 6715/2022.

RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 27 de marzo de 1963, C-28/62, C-29/62 y C-30/62, *Da Costa en Schaake NV y otros*.

STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106/77, *Simmenthal*.

STJUE de 6 de octubre de 1982, C-283/81, *Cilfit*.

STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, *Aziz*.

STJUE de 29 de octubre de 2015, C-8/14, *BBVA*.

STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo y otros*.

STJUE de 26 de enero de 2017, C-412/14, *Banco Primus*.

STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/16, *Sziber*.

STJUE de 26 de marzo de 2019, C-70/17 y 179/17, *Abanca y Bankia*.

STJUE de 10 de junio de 2021, C-776/19 a 782/19, *BNP Paris Bas Personal Finance S. A.*

STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, *Ibercaja Banco*.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 20 de septiembre de 2011, caso *Ullens de Schooten y Rezabek contra Bélgica*.

STEDH de 24 de abril de 2018, caso *Baydar contra Países Bajos*.

STEDH de 13 de febrero de 2020, caso *Sanofi Pasteur contra Francia*. STEDH de 15 de diciembre de 2022, caso de *Rutar y Rutar Marketing D. O. O. contra Eslovenia*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 50/1988, de 22 de marzo.

STC 28/1991, de 14 de febrero.

STC 64/1991, de 22 de marzo.

STC 111/1993, de 25 de marzo.
STC 180/1993, de 31 de mayo.
STC 69/1995, de 9 de mayo.
STC 235/2000, de 5 de octubre.
STC 58/2004, de 19 de abril.
STC 194/2006, de 19 de junio.
STC 12/2008, de 29 de enero.
STC 155/2009, de 25 de junio.
STC 78/2010, de 20 de octubre.
STC 134/2011, de 20 de julio.
STC 136/2011, de 13 de septiembre.
STC 27/2013, de 11 de febrero.
STC 215/2014, de 18 de diciembre.
STC 232/2015, de 5 de noviembre.
STC 31/2019, de 28 de febrero.
STC 37/2019, de 26 de marzo.
STC 67/2019, de 20 de mayo.
STC 30/2020, de 24 de febrero.
STC 48/2020, de 15 de junio.
STC 140/2020, de 6 de octubre.
STC 178/2020, de 14 de diciembre.
STC 8/2021, de 25 de enero.
STC 24/2021, de 15 de febrero.
STC 50/2021, de 3 de marzo.
STC 77/2021, de 19 de abril.
STC 92/2021, de 10 de mayo.
STC 101/2021, de 10 de mayo.
STC 102/2021, de 10 de mayo.
STC 154/2021, de 13 de septiembre.
STC 6/2022, de 24 de enero.
STC 8/2022, de 27 de enero.
STC 9/2022, de 7 de febrero.
STC 44/2022, de 21 de marzo.
STC 61/2022, de 9 de mayo.
STC 80/2022, de 27 de junio.
STC 123/2022, de 10 de octubre.
STC 141/2022, de 14 de noviembre.
STC 23/2023, de 27 de marzo.
STC 26/2023, de 17 de abril.

TRIBUNAL SUPREMO

STS 463/2019, de 11 de septiembre.
STS 776/2021, de 10 de noviembre.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2022

ROSA M. MÉNDEZ TOMÁS

Magistrada. Letrada CGPJ

y Profesora ordinaria Escuela Judicial CGPJ

INTRODUCCIÓN

Nuevamente, el Tribunal Constitucional ha dictado durante el año 2022 algunas sentencias de evidente transcendencia en el ámbito del derecho civil y del derecho procesal civil. Nuevamente también, algunas de estas resoluciones analizan aspectos esenciales del derecho privado y profundizan en la estructura, desarrollo y límites de las bases en que se apoya su regulación. Otras se adentran colateralmente en cuestiones civiles con ocasión de decisiones adoptadas en procedimientos de otros órdenes jurisdiccionales o de la promulgación de normas que regulan otros distintos ámbitos del derecho. Un tercer grupo de sentencias citadas ha sido seleccionado por analizar aspectos procedimentales con incidencia en asuntos de naturaleza civil. Veámoslo:

– A los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, se dedica la reseña de la STC 8/2022. En concreto, se analiza la necesidad de valorar en el marco de la libertad de comunicación los mensajes que contienen juicios de valor. La frontera entre la libertad de expresión y de comunicación no siempre es nítida y obliga a acudir a criterios o teorías como la del elemento predominante. El caso examinado es de especial interés, toda vez que los mensajes son emitidos en una red social, lo que obliga al Tribunal a analizar el contexto y las circunstancias concurrentes en su difusión. Todo ello a los efectos de valorar si se produce una vulneración del derecho al honor de la persona a quien vienen referidos.

– El plazo de caducidad de las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial es analizado con detalle en la STC 82/2022. Con ocasión del dictado de dicha resolución y como consecuencia de los derechos que dice vulnerados el recurrente en amparo, se abordan cuestiones tales como la retroactividad de las normas, el derecho a la prueba y el desarrollo del derecho de igualdad y el principio de no discriminación.

– El principio de tutela del interés de los menores, como cuestión de orden público y criterio inspirador de cualquier decisión judicial, vuelve a analizarse con detalle por el Tribunal Constitucional en dos sentencias, concretamente en la 106/2022 y en la 130/2022.

La primera de ellas se dicta con ocasión de un recurso de inconstitucionalidad planteado contra algunos incisos de normas del Código Civil que regulan el derecho de visitas, comunicación y estancias, así como determinadas decisiones de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad. La sentencia recoge un interesante voto particular que nos conecta con la necesaria interpretación de las normas desde la perspectiva de género.

La segunda sentencia (130/2022) se adentra en cuestiones relacionadas directamente con los sistemas de protección a la infancia y a la adolescencia. En concreto, analiza con detalle la declaración de desamparo y el procedimiento especial de oposición a dicha resolución. Al hilo de esta materia, aborda cuestiones de sumo interés como los efectos de la determinación de la edad, la problemática de los menores extranjeros no acompañados y el derecho de los menores a ser oídos.

– La vivienda, como uno de los ejes de la política social, es nuevamente objeto de análisis en tres resoluciones del Alto Tribunal (28/2022, 37/2022 y 57/2022). Se resuelve acerca de la constitucionalidad de determinadas medidas y previsiones introducidas, respectivamente, en (i) el Decreto Ley 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la Covid-19; y en (ii) la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda.

Por su interés procesal, se reseña con detalle la STC 28/2022, que considera que la regulación cuestionada, al impedir o interrumpir el ejercicio de acciones judiciales, encaja en la legislación procesal del artículo 149.1.6 CE.

En las SSTC 37/2022 y 57/2022 el Tribunal recuerda la reserva estatal en materia de derecho de obligaciones y contratos, así como el carácter instrumental de la potestad sancionadora, de tal forma que serán inconstitucionales las normas sancionadoras vinculadas a normas sustantivas que invaden competencias estatales.

– En materia de derecho de consumo, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional con relación a la potestad sancionadora de la Administración y el principio de legalidad (STC 77/2022).

– Ya en el ámbito del derecho procesal, el Tribunal Constitucional insiste en recordar la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en este caso con relación al control judicial de las cláusulas eventualmente abusivas incorporadas en contratos de préstamos hipotecarios celebrados con consumidores (STC 6/2022). En el mismo sentido, pueden verse las SSTC 9/2022, de 7 de febrero, 44/2021, de 21 de marzo, 61/2022, de 9 de mayo, 80/2022, de 29 de mayo, 123/2022 y 141/2022, de 14 de noviembre).

– Por lo demás, y aunque en algún caso han sido dictadas en el marco de otros órdenes jurisdiccionales, el Tribunal analiza cuestiones de indudable trascendencia procesal, sentando doctrina aplicable en cualquier ámbito: concesión del beneficio de justicia gratuita (SSTC 43 y 86/2022); falta de emplazamiento personal de quien no había sido notificado en el proceso monitorio previo (STC 110/2022); práctica de la prueba videográfica (STC 119/2022); desatención del deber de recabar de oficio, con suspensión de las actuaciones, la designación de procurador que representara a quien interpuso recurso de apelación (STC 146/2022); plazo y *dies a quo* para plantear incidente de nulidad de actuaciones (STC 151/2022).

– Por último y aun cuando no han sido objeto de reseña en este trabajo, el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias durante el año 2022 que mantienen una doctrina ya consolidada en materia procesal: límites a los emplazamientos por edictos (SSTC 48, 51 y 54/2022, de 4 de abril; 62/2022, de 9 de mayo; 73/2022, de 13 de junio; 91/2022, de 11 de julio; 107/2022, de 26 de septiembre, entre otras; 82/2021, 87/2021, 94/2021, 97/2021, 145/2021, 181/2021 y 190/2021, entre otras muchas); actos de comunicación, plataformas electrónicas y tramitación procesal (SSTC 120 y 121/2022, de 10 de octubre; 109/2022, de 26 de septiembre; y 14/2022, de 7 de febrero; 62/2021, 64/2021, 100/2021, 142/2021, 179/2021 y 189/2021, entre otras muchas) y dilaciones indebidas (125/2022, de 10 de octubre).

STC 6/2022, 24 de enero.

RA: Estimado.

Ponente: Arnaldo.

Conceptos: Ejecución hipotecaria. Incidente de oposición. Cláusulas préstamo hipotecario. Examen de abusividad. Principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

Preceptos de referencia: Art. 24 CE; art. 552 LEC.

Sentencias relacionadas: STJUE de 26 de enero de 2017 y SSTC 31/2019, de 28 de febrero, 30/2020, de 24 de febrero, 48/2020, de 15 de junio, 140/2020, de 6 de octubre, 8 y 7/2021, de 24 de febrero¹, 17/2021, de 25 de enero, 24/2021, de 15 de febrero, 50/2021, de 3 de marzo, 77/2021, de 19 de abril, 92, 10 y 102/2021, de 10 de mayo y 150 y 154/2021, de 13 de septiembre.

Resumen: La sentencia se dicta como consecuencia del recurso de amparo promovido contra las resoluciones dictadas por un Juzgado de primera Instancia y por la Audiencia, en segunda instancia, que no admitieron el planteamiento de un incidente de oposición a la ejecución hipotecaria, en el que se alegaba el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual relativa a la tasación del bien objeto de garantía.

Pretensión no extemporánea ni improcedente. Obligación de realizar el examen del carácter abusivo de las cláusulas si no ha habido un control previo.

La exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno.

1) Antecedentes del caso y alegaciones ante el Tribunal.—Una entidad bancaria presentó demanda de ejecución hipotecaria contra la ahora recurrente en amparo, en relación con un préstamo hipotecario. En un segundo incidente de oposición, la ejecutada planteaba la falta de análisis judicial del carácter abusivo de la cláusula contractual relativa a la tasación del inmueble objeto de la garantía hipotecaria. La oposición fue rechazada, por entender el Juzgador que tal posibilidad había precluido. La Audiencia Provincial confirmó dicha resolución.

— Considera la recurrente en amparo que la revisión del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales constituye un trámite de obligado cumplimiento, con base en la Directiva 91/13/CÉE. A estos efectos, alude a la primacía del derecho de la Unión Europea y al carácter vinculante de las sentencias del Tribunal de Justicia europeo.

— El Fiscal solicita la estimación del recurso de amparo. Con base a los fundamentos 46, 47 y 48 de la STJUE de 26 de enero de 2017, concluye que el Juzgado ha desoído la doctrina allí dictada al apoyar su decisión contraria a controlar la posible abusividad en el carácter preclusivo de anteriores trámites y en la naturaleza inatacable del auto despachando ejecución.

En definitiva, se plantea en este recurso de amparo si el órgano judicial actuó correctamente al entender que no cabía el control de la cláusula de la cláusula contractual relativa a la tasación del inmueble objeto de la garantía hipotecaria. La cuestión es si ello resulta contrario a la interpretación de la Directiva 93/13 efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

¹ STC 7/2021, de 24 de febrero, reseñada en ADC, Tomo LXXV, 2022, fasc. IV, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pp. 1808 ss.

vulnerando de ese modo el derecho a la tutela judicial del artículo 24.1 CE e incumpliendo el Derecho de la Unión.

2) Posición del Tribunal.—Con remisión a la STC 31/2019², concluye el Tribunal que en el caso examinado la respuesta judicial «[...] no satisface las exigencias de motivación que dimanarían de la doctrina constitucional referida, pues desconoce las exigencias del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y la obligación de control de oficio por los órganos judiciales del eventual carácter abusivo de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario, que únicamente se exceptúa en el caso de que esa posible abusividad del clausulado hubiera sido examinada en un anterior control judicial, lo que no sucede en el presente caso respecto de la cláusula referida a la tasación del inmueble hipotecado a los efectos de la fijación del tipo de la subasta».

Por consiguiente, las resoluciones judiciales impugnadas en amparo han vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

STC 8/2022, 27 de enero.

RA: desestimado.

Ponente: Balaguer.

Conceptos: Derecho al honor y a la libertad de expresión. Redes sociales.

Libertad de información y libertad de expresión. Teoría del elemento predominante.

Preceptos de referencia: Arts. 18 y 20 CE; arts. 9 y 10 CEDH.

Sentencias relacionadas: SSTC 27/2020, de 24 de febrero y 172/2020, de 19 de noviembre.

Resumen: Lo comunicado en redes sociales no tuvo sustento en una información veraz, por lo que la protección del derecho a la libre comunicación se ve reducida y confrontada de forma inmediata con la preservación del derecho al honor de la persona a quien se refiere el contenido de la comunicación.

1) Antecedentes del caso.—Tras un cruce de publicaciones discrepantes entre dos periodistas acerca de un tema de actualidad, uno de ellos, el ahora recurrente en amparo, A. N., publicó en su cuenta personal de Twitter un mensaje en el que afirmaba haber sido acosado y agredido física y verbalmente por el otro comunicador, M. P., en un estudio radiofónico al que ambos periodistas acudían para comentar temas de actualidad desde posiciones ideológicamente contrapuestas. No fue el único. A continuación A. N. publicó otros mensajes, en idéntica red social, donde se hacía alusión al estado de salud mental de M. P.

El mencionado incidente dio paso a una publicación periodística, firmada por comunicadores ajenos al conflicto, pero que reflejaba las manifestaciones del ahora recurrente, que incidían en calificar a M. P. de maltratador.

² STC 31/2019, de 28 de febrero, reseñada en ADC, Tomo LXXIII, 2020, fasc. IV, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pp. 1774 y 1775.

Con posterioridad, otros distintos medios de comunicación se hicieron eco del incidente y las acusaciones de Don A.N. tuvieron, además, una amplia repercusión en Twitter.

Lo expuesto condujo a Don M.P. a presentar una demanda contra Don A.N. por intromisión ilegítima en su derecho al honor, conforme a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En síntesis, consideraba que las falsas acusaciones del demandado afectaron negativamente a su dignidad y reputación profesional, al margen de provocar la cancelación del programa radiofónico en el que intervenía y, con ello, que la cadena de radio donde se emitía prescindiera de sus servicios.

La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Pozuelo de Alarcón y revocada posteriormente por la sección duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, que estimó la pretensión del demandante, Don M. P., por considerar que, efectivamente, se había producido una vulneración del derecho al honor, por la difusión de una imagen negativa de su persona en redes sociales y medios digitales. Difusión que no consideraba amparada por la libertad de expresión.

Los posteriores recursos, extraordinario de infracción procesal y de casación, fueron desestimados por sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sostiene el Alto Tribunal que ni la libertad de expresión, ni la libertad de información justifican la conducta del recurrente, toda vez que sus opiniones se sustentan en juicios de valor y en unos hechos inveraces, que afectaban gravemente a la consideración pública del demandante, con independencia de que previamente éste hubiera tenido un comportamiento impropio.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional:

– El recurrente en amparo entiende vulnerado el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], por entender que ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo realizaron una adecuada ponderación entre el mencionado derecho y el derecho al honor de la contraparte.

Alega, en síntesis, que los tuits cuestionados reflejan un juicio de valor objetivo que se enmarca en el ejercicio de la libertad de expresión y que, en este ámbito, la jurisprudencia constitucional considera intrascendente el requisito de la acreditación de la veracidad de las afirmaciones y expresiones. Añade que el Alto Tribunal confunde en este caso los derechos de expresión e información y atribuye a la libertad de expresión un requisito de aplicabilidad como es la veracidad que no es predicable del ejercicio de tal derecho. Por lo demás, solicita que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la incidencia o no de las nuevas tecnologías en las libertades constitucionales.

– La representación procesal de Don M.P., tras exponer la distinción doctrinal entre la narración de hechos, que se sitúa en el ámbito de la libertad de información, y la manifestación de opiniones, enmarcada en la libertad de expresión, niega que la agresión física narrada por el recurrente sea mera exteriorización de sus propios sentimientos, a los que no cabe exigirles veracidad. Añade que los apelativos dedicados a su persona, que sí son juicios de valor, constituyen expresiones claramente vejatorias.

– El Ministerio Fiscal solicita que se desestime el recurso de amparo por entender, de un lado, que la mayor parte de las manifestaciones realizadas por el demandante en su cuenta de Twitter deben incardinarse en la libertad de información, lo que supedita el amparo pretendido a la constatación de su

veracidad. De otro y en lo relativo al uso del calificativo «maltratador», considera que el empleo de ese vocablo tampoco podría estar amparado por la libertad de expresión, pues se basa en un hecho falso.

Finaliza su informe considerando que la gravedad de una ofensa al honor depende del alcance de esa ofensa y no de su difusión. Por tanto, el uso de las redes sociales no debe influir en el tratamiento general de estos supuestos de colisión de derechos, como el que se examina.

3) Posición del Tribunal.—Con carácter previo a resolver lo procedente, el Tribunal analiza los siguientes aspectos:

Libertad de expresión y libertad de información.—La diferencia entre libertad de expresión y libertad de información no siempre es nítida (STC 65/2015, de 13 de abril, entre otras muchas). Ello es así porque «la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo, una vocación a la formación de una opinión (SSTC 6/1988, 107/1988, 143/1991, 190/1992 y 336/1993)». Como vía de solución, algunas sentencias del Tribunal Constitucional han considerado que, en aquellos supuestos en que se mezclan elementos de ambas libertades de comunicación, debe atenderse al que aparezca como preponderante o predominante para subsumirlos en el correspondiente apartado del artículo 20.1 CE [por todas, STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 7 B) b)].

Libertad de comunicación y redes sociales.—Las denominadas libertades de comunicación –libertad de expresión y libertad de información– también se ejercitan a través de las herramientas que facilita internet [SSTEDH de 18 de diciembre de 2012, asunto *Ahmet Yildirim c. Turquía*, § 48; 10 de marzo de 2009, asunto *Times Newspapers Ltd. c. Reino Unido (núms. 1 y 2)*, § 27].

En este ámbito y, más concretamente, en el de las redes sociales, las dificultades para distinguir entre libertad de expresión y libertad de información se acentúa.

Y así, aun cuando la doctrina constitucional elaborada en torno a las libertades de información y expresión contenidas en el artículo 20 CE, se proyecta al ejercicio de estos derechos cuando los mismos se encuentran presentes en la comunicación a través de internet, el Tribunal deja claro que esa proyección no puede ser automática, y debe tener en cuenta las particularidades que se identifican en la comunicación a través de estos medios y muy concretamente a través de las redes sociales.

Como muestra de esa singularidad, el Tribunal señala dos aspectos: De un lado, el uso de las herramientas digitales convierte a sus usuarios en creadores, emisores, difusores y reproductores de contenidos (STEDH de 16 de junio de 2015, asunto *Delfi AS c. Estonia*); De otro, en un muy breve espacio temporal, pueden difundirse en todo el mundo contenidos claramente ilícitos, incluido el difamatorio, odioso o violento. En definitiva, no solo los usuarios pueden llegar a desempeñar un papel muy cercano al que venían desarrollando hasta ahora los periodistas en los medios de comunicación tradicionales, sino que esos medios también pueden usar las plataformas que ofrece internet para la difusión de sus contenidos. Además, los periodistas pueden ejercer las libertades comunicativas a través de las redes sociales, con perfiles personales, sin que por ello dejen de ser percibidos como periodistas por sus seguidores, y por el resto de usuarios.

Es por todo ello que la conclusión del Tribunal Constitucional es clara: «Esta intersección de estatutos introduce dificultades añadidas a la hora de examinar la adecuación constitucional de los límites que se introducen al ejercicio de las libertades de expresión y de información». A ello cabe añadir que, en el contexto del Consejo de Europa o de la Unión Europea, a diferencia de lo que ocurre en nuestra Constitución, que disgrega, se aborda con carácter general la libertad de expresión, aun cuando se concreta a través de la libertad de opinión, la libertad de transmitir información y la libertad de recibir información.

El Tribunal rescata a estos efectos la Recomendación CM/Rec(2014)6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa sobre una «Guía de los derechos humanos para los usuarios de internet» y, con ella, nos recuerda que Internet tiene características de servicio público, por lo que: (i) Debe garantizarse su accesibilidad, que se preste sin discriminación, que sea asequible, seguro fiable y continuo; (ii) Los poderes públicos pueden intervenir en la red para evitar que las personas se vean sujetas a injerencias ilícitas, innecesarias o desproporcionadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) Las autoridades tienen el deber de respetar y proteger la libertad de expresión e información.

En idéntica línea, el Alto Tribunal menciona la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Concretamente, alude a su artículo 9 a los efectos de recordar que los poderes públicos deben garantizar que dicha actividad se pueda desempeñar libremente, aun cuando condicionada a determinadas restricciones.

Elemento predominante.—Ya se ha visto que cuando en un supuesto concreto se mezclan elementos de la libertad de expresión y de la libertad de información, el Tribunal Constitucional considera que debe atenderse al que aparezca como preponderante o predominante de la comunicación para subsumirlos en el correspondiente apartado del artículo 20.1 CE.

Los hechos en los que se basan los tuits, así como la mayor parte de las declaraciones objeto de juicio, constituye clara y esencialmente una narración de hechos, una «transmisión o comunicación de lo que se tienen por hechos», y no una mera opinión o evaluación personal y subjetiva de los hechos. Sin embargo, el uso del calificativo «maltratador» podría asimilarse a una opinión o juicio de valor. No obstante, en atención a las especiales características de este supuesto, que han sido reflejadas con anterioridad —hechos transmitidos a través de las redes sociales—, el Tribunal Constitucional considera que no debe llevarse a cabo una diferenciación formal entre ambas manifestaciones, debiendo acudir a la idea de la suficiencia de la base fáctica en la que se apoya el conjunto, y no solo parte, de las expresiones utilizadas por el recurrente en amparo. Es por ello, que, a entender del Tribunal, el vocablo «maltratador» que se utiliza en el conjunto del artículo, «se muestra inescindiblemente ligado a la narración de los hechos acaecidos, según el relato del ahora recurrente, cobrando sentido solo en el marco de la supuesta violencia física que le sirve de sustento, y que se ha revelado falsa». En consecuencia, una expresión que separadamente podría considerarse una opinión, en este caso ha de valorarse como parte de la narración de los hechos, dentro de los parámetros constitucionales que legitiman el ejercicio de la libertad de información.

Derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE] en su colisión con el derecho al honor (art. 18 CE) en el contexto de las redes sociales.—El Tribunal Constitucional nos recuerda su amplia y plenamente consolidada doctrina sobre el derecho al honor (art. 18.1 CE), la libertad de información [art. 20.1 d) CE] y la eventual confluencia conflictiva de tales derechos (art. 20.4 CE).

— De entrada, se hace eco del impacto que pueden tener las redes sociales en los derechos de la personalidad, con referencia a la STC 27/2020, de 24 de febrero³. En esta resolución se destacaba que, si bien algunos contornos de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE), garanten todos ellos de la vida privada de los ciudadanos, pueden quedar desdibujados, ello no debe constituir un obstáculo para que los usuarios continúen siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica, sin perjuicio de que se tengan en cuenta las particularidades que presentan las redes sociales a la hora de evaluar cómo los derechos de la personalidad actúan en tanto límites de las libertades de comunicación.

— Ya en concreto, sobre la trascendencia de la libertad de información, recuerda que el libre ejercicio del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, consagrado en el artículo 20 CE, «garantiza la formación y existencia de una opinión pública libre» (con cita de la STC 172/2020, de 19 de noviembre), y opera como uno de los pilares de una sociedad libre y democrática (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; y SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4, y 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4; en el mismo sentido, SSTEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside c. Reino Unido*, § 49, y de 6 de mayo de 2003, caso *Appleby y otros c. Reino Unido*, § 39). Es por ello que el sistema de protección del artículo 10.1 CEDH abarca no solo la esencia de las ideas y la información expresada, sino también la forma en que se transmiten [SSTEDH de 24 de febrero de 1997, caso *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, § 48 y de 10 de marzo de 2009, caso *Times Newspapers Ltd. c. Reino Unido (núms. 1 y 2)*, § 27]», referida, en concreto, a la divulgación de contenidos en internet.

No obstante lo anterior, como es sabido, el ejercicio del derecho a la información no es, en modo alguno, un derecho absoluto, al estar sujeto a límites internos —veracidad y relevancia pública— y externos —relación con otros derechos o valores constitucionales con los que puede entrar en conflicto, como el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia [art. 20.4 CE y SSTC 170/1994, de 7 de junio, FJ 2; 6/1995, de 10 de enero, FJ 2 b); 187/1999, de 25 de octubre, FJ 5, y 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4].

En cuanto a la veracidad de la información suministrada, recuerda el Tribunal que «no supone la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información», pero sí de evitar que se defraude el derecho a recibir información veraz, [STC 172/2020, FJ 7 B) d)]. En lo que respecta al requisito de la relevancia pública de la información, se entiende cumplido cuando una información sirve al interés general al referirse a un asunto público (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8)» [STC 172/2020, FJ 7 B) d)].

Descendiendo al supuesto concreto que se examina, el Tribunal determina que en este caso, en el que el emisor es un profesional de la comunicación,

³ STC 27/2020, de 24 de febrero, reseñada en ADC, tomo LXXIV, 2021, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1490-1492.

la exigencia de veracidad debe proyectarse sobre la base fáctica, que sustenta tanto la transmisión de hechos como la formulación de juicios de valor derivados de tales hechos.

– Por otra parte y en cuanto al derecho al honor, como límite del ejercicio de las libertades de comunicación que se canalizan a través de las redes sociales, el Alto Tribunal expone que deben tomarse en consideración, al menos, los siguientes elementos: (i) Inmediatez y rapidez en la difusión de contenidos, lo que dificulta establecer filtros y supone una mayor capacidad para influir en la opinión pública y también un mayor riesgo de vulneración de los derechos de la personalidad de terceros; (ii) La cantidad de seguidores, el hecho de que un determinado perfil corresponda a un personaje público o privado, la rapidez efectiva con que se propaga el mensaje, etc. van a tener un efecto determinante en la evaluación del impacto que las expresiones o informaciones volcadas en redes sociales hayan podido tener en el derecho al honor, intimidad, propia imagen o protección de datos de un tercero; (iii) La autoría de las opiniones o informaciones de quienes se manifiestan a través de las redes; (iv) Las distintas posiciones de quien crea el contenido, de quien lo reproduce haciéndolo suyo, de quien lo difunde sin más o de la empresa que da el soporte a la red social; (v) Los destinatarios del mensaje.

– La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es categórica cuando afirma que los mensajes difundidos por internet se benefician de una protección equivalente a la que merecen los otros medios de comunicación, en lo que hace al respeto del debate político, en particular si quien emite el mensaje es un representante elegido por la ciudadanía. Y así, el artículo 10 CEDH exige un alto nivel de protección del derecho a la libertad de expresión cuando se trata de la difusión de un mensaje político o activista (en este sentido, SSTEDH de 25 de febrero de 2010, asunto *Renaud c. Francia*, § 38, y de 13 de julio de 2012, asunto *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza*, de la Gran Sala). Ello no obstante, nos recuerda el Tribunal que los ataques personales que sobrepasen el marco de un debate sobre las ideas, no está protegida por el artículo 10 CEDH (STEDH de 16 de enero de 2014, asunto *Tierbefeier E. V. c. Alemania*).

4) Decisión.—La demanda de amparo fue desestimada al no observar vulneración del artículo 20 CE en las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid y de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

El Tribunal, tras recordar que su función es aplicar a los hechos de los que partieron esas resoluciones las exigencias dimanantes de la Constitución, pone de manifiesto que es la exigencia de veracidad lo que debe comprobarse, para concluir diciendo que en este caso resulta manifiesto que el recurrente en amparo comunicó una serie de circunstancias, fácticas y no fácticas, con conocimiento de que lo transmitido era falso o con manifiesto desprecio hacia la falsedad de la noticia. Por lo demás, al comunicador se le exige la obligación de respetar la buena fe en la emisión de juicios de valor.

Finaliza el Tribunal considerando que el tuit examinado tuvo una amplia difusión y que la acelerada pérdida de actualidad de las informaciones divulgadas a través de las redes sociales en nada afecta a la gravedad de la injerencia sobre el derecho al honor y a su eventual sanción. Por ello, estima ajustada la sanción civil establecida, sin que con ella se produzca un efecto disuasorio en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como sostiene el recurrente en amparo.

STC 28/2022, 24 de febrero.

RI: Estimado.

Ponente: Enríquez.

Conceptos: Vivienda. Alquiler social. Vulnerabilidad económica y social. Desahucio. Lanzamientos.

Preceptos de referencia: Artículo único, apartados 1, 2 y 3, del Decreto-ley de la Generalidad de Cataluña 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la Covid-19; art. 149.1.6 CE y arts. 130 y 137.1 EAC.

Resumen: Los apartados 1, 2 y 3 del artículo único del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la Covid-19, son normas de carácter procesal que en este caso vulneran el artículo 149.1.6 CE.

1) Antecedentes.—El Presidente del Gobierno interpone recurso de inconstitucionalidad contra los apartados 1, 2 y 3 del artículo único del Decreto-ley 37/2020, de anterior referencia.

Los principales motivos de impugnación giran en torno a que la regulación cuestionada impide o interrumpe el ejercicio de acciones judiciales, de modo que encaja en la legislación procesal del artículo 149.1.6 CE.

En concreto, (i) el apartado 1 impugnado extiende la obligación de acreditar la realización de la oferta de alquiler social a ciertas acciones judiciales cuyo ejercicio se regula en la Ley hipotecaria (art. 129), Ley de enjuiciamiento civil (título IV del libro III), Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, y Ley de arrendamientos urbanos. Por lo tanto, no existe un derecho sustantivo autonómico que justifique la regulación de la especialidad procesal autonómica; (ii) Lo mismo ocurre respecto del apartado 2, que se refiere a «los procedimientos iniciados», sin especificar cuáles, pero que debe entenderse referido a los procedimientos previstos en la anulada disposición adicional primera de la Ley 24/2015; (iii) El apartado 3, párrafo primero, prevé la suspensión de la ejecución de determinadas resoluciones judiciales, lo que también contraviene la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal, así como el artículo 117.3 CE que atribuye en exclusiva a los jueces la potestad de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»; y (iv) El párrafo final que ordena a los Mossos d'Esquadra y policías locales solicitar informe urgente a los servicios sociales comunicándolo al Ministerio Fiscal vulnera los mismos preceptos constitucionales por tratarse de una «norma procesal» que invade la reserva de jurisdicción del artículo 117 CE al atribuir a la policía la función de «adoptar medidas cautelares» que solo puede adoptar el juez a instancia de la parte perjudicada, y no de la policía, y al obligar a trasladar las actuaciones al Ministerio Fiscal, en lugar de al Juez competente.

— Los letrados del Gobierno y del Parlamento catalán consideran, con carácter principal, que el recurso carece de objeto, y subsidiariamente solicitan su desestimación por acomodarse las normas impugnadas a las competencias autonómicas en materia de vivienda (art. 137.1 EAC).

2) Argumentos y decisión del Tribunal.—El Tribunal Constitucional inicia su análisis aclarando que los apartados 1 y 2 del artículo único del

Decreto-ley 37/2020 no se vieron afectados por la parte dispositiva de la STC 16/2021 y, por tanto, constituyen objeto idóneo de juicio de constitucionalidad. A su vez, precisa que el apartado 3 del mencionado artículo único no puede ser considerada una norma de vigencia temporal, como se defiende por la letrada del Parlamento de Cataluña.

Dicho esto, el Tribunal analiza si los tres apartados impugnados son normas de carácter procesal que pudieran vulnerar por ello la competencia exclusiva del Estado sobre la materia, al no poder ampararse en las especialidades autonómicas que permiten los artículos 149.1.6 CE y 130 EAC.

– Con relación al primer apartado, que establece la obligación de acreditar que se ha formulado una propuesta de alquiler social, previa al inicio de las actuaciones judiciales, sostiene que es una norma procesal, toda vez que no se limita a establecer una obligación verificable por la administración, sino que atribuye al cumplimiento o incumplimiento de lo ordenado unos efectos que trascienden al plano procesal. Y así, solo una vez cumplida esa obligación, el demandante podrá iniciar el procedimiento judicial, haciéndolo además a través de una demanda acompañada necesariamente de la documentación que acredite ese cumplimiento. Por tanto, concluye el Tribunal diciendo que resulta de aplicación el artículo 149.1.6 de la Constitución.

– El segundo apartado del artículo único del Decreto-ley 37/2020, guarda relación con la interrupción de los procedimientos iniciados, por lo que contiene claramente una norma procesal. En este sentido, insiste el Tribunal en que la competencia autonómica en materia de vivienda, si bien permite a la comunidad autónoma desarrollar la actividad a que se refiere el artículo 137.1 de su Estatuto (establecer condiciones sobre su calidad y habitabilidad, planificarla e inspeccionarla, fomentarla o promoverla), no ocurre lo mismo con la posibilidad de establecer un requisito social, previa al inicio de las actuaciones judiciales, sostiene por el legislador estatal.

– El apartado 3, relativo a la suspensión de los lanzamientos durante el estado de alarma o restricciones de movilidad, contiene igualmente una norma inequívocamente procesal, por lo que, por las mismas razones, debe ser declarado nulo e inconstitucional.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima el recurso y declara inconstitucionales y nulos los apartados 1, 2 y 3 del artículo único del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la Covid-19.

STC 77/2022, 15 de junio.

CI: Desestimada.

Ponente: Narváez.

Conceptos: Consumidores y usuarios. Régimen sancionador. Principio de legalidad.

Preceptos de referencia: Art. 52 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid; art. 25 CE.

Resumen: La calificación de las infracciones no puede diferirse al momento del ejercicio de la potestad sancionadora, sin que previamente pueda conocerse en qué casos y conforme a qué circunstancias la infracción va a ser calificada como leve, grave o muy grave.

1) Antecedentes.—El caso al que se enfrentó la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid gira en torno a dos sanciones de 60.000 euros cada una, impuestas por la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid a la entidad Centros Comerciales Carrefour, S. A., por la comisión de dos infracciones muy graves en materia de protección de los consumidores

La mencionada mercantil interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución sancionadora, por considerar que no concurrían los tipos infractores apreciados por la Comunidad de Madrid y que se había vulnerado el principio de proporcionalidad. Y así, a lo sumo, las infracciones deberían haberse calificado como leves. Su consideración como muy graves deriva de la aplicación de los criterios indicados en el artículo 52 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid, que son contrarios al principio de legalidad sancionadora que establece el artículo 25.1 CE.

La Comunidad de Madrid argumentó que sí concurrían los elementos típicos de las infracciones apreciadas y entendía que eran aplicables los criterios señalados en la Ley, lo que justificaba la calificación de muy graves.

La demandante solicitó que, al amparo del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), el Tribunal planteara una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 52 de la Ley 11/1998 y la Comunidad de Madrid y el Ministerio Fiscal se opusieron.

Tras la tramitación oportuna, la Sala aceptó dicha petición y en su cuestión de inconstitucionalidad plantea que el mencionado artículo 52, en lugar de determinar específicamente cuál es la calificación de las infracciones conforme a su relevancia real, permite que la administración, una vez apreciada la comisión de una infracción en materia de defensa de los consumidores, posponga al momento de aplicación de la norma su calificación como leve, grave o muy grave, en función de una serie de circunstancias previstas en dicho precepto. Es por ello que, a su entender, la calificación de las infracciones como leves, graves o muy graves por un órgano administrativo, en un momento posterior a la previsión legal, vulnera la vertiente material del derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25.1 CE.

2) Posición de las partes.—Durante la tramitación de la cuestión, el Abogado del Estado se personó en las actuaciones, si bien optó por no formular alegaciones.

— Centros Comerciales Carrefour, S.A., entiende, en síntesis, que la norma cuestionada, por su amplitud e indefinición, diluye por completo la garantía de predeterminación normativa de los tipos infractores, pues la calificación ya no será una mera labor de subsunción, como debería ser, sino que se convierte en «una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador». Se remite a la doctrina jurisprudencial mantenida en las SSTC 166/2012, de 1 de octubre; 10/2015, de 2 de febrero, y 150/2020, de 22 de octubre.

Cita, asimismo, el artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que regula el principio de tipicidad, exigiendo que la Ley clasifique las infracciones en leves, graves y muy graves, sin prever la posibilidad de que tal clasificación se haga por remisión a unos criterios apreciados por la administración, como hace el artículo 52 de la Ley 11/1998.

— El letrado de la Comunidad de Madrid entiende que la ley madrileña sí satisface las exigencias de taxatividad y *lex certa* que se derivan de la vertien-

te material del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 CE. Añade que el supuesto examinado no guarda relación con el que dio lugar al dictado de las SSTC 166/2012, de 1 de octubre; 10/2015, de 2 de febrero, y 150/2020, de 22 de octubre. Y así, el artículo 52 de la Ley 11/1998, después de prever ocho criterios para la calificación de las infracciones en su apartado 1, establece en sus apartados 2 a 5 unas reglas objetivas que permiten conocer cuándo una infracción va a ser calificada como leve, grave o muy grave. Esta fórmula es la más deseable en una materia de tal complejidad y con una variedad de supuestos tan amplia como la protección de los consumidores y usuarios. Por lo demás, recuerda que la administración, deberá motivar y acreditar la concurrencia de criterios objetivos para la calificación de las infracciones.

– Los letrados de la Asamblea de Madrid solicitan, igualmente, que se dicte sentencia desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad. Discrepan de que la norma cuestionada tenga consecuencias imprevisibles para los administrados o que la administración pueda apreciar libremente la existencia de circunstancias agravantes. El principio de legalidad no se lesiona, ya que se regulan los elementos que debe ponderar el aplicador para calificar una infracción como leve, grave o muy grave.

– La Fiscalía general del Estado solicitó la desestimación de la cuestión planteada por entender que en este caso la norma examinada no difiere la determinación de la tipicidad de las conductas leves, graves y muy graves al momento aplicativo. Y así, (i) la conducta se tipifica de modo preciso a través de la integración de cada uno de los tipos sancionadores con los criterios de graduación de su gravedad; y (ii) la lectura de la ley no presenta lagunas o dudas sobre las consecuencias que lleva ineludiblemente aparejadas la concurrencia de esos elementos de agravación gradual y escalonada de la responsabilidad, en función del número –ninguno, uno, o dos o más– de tales criterios que concurran en la conducta sancionada.

3) El principio de legalidad (art. 25.1 CE) en relación con la atribución de la calificación jurídica de una infracción como leve, grave o muy grave a un órgano administrativo.–El Tribunal recuerda la doctrina contenida en las SSTC 166/2012, 10/2015 y 150/2020⁴, en el sentido de que los preceptos que se limitan a enumerar unos criterios en función de los cuales la administración podrá decidir si la infracción es leve, grave o muy grave, pero no establecen ninguna relación entre la concurrencia de dichos criterios y la calificación de la infracción en alguno de los tres grados que prevé, adolecen de previsibilidad suficiente en la consecuencia jurídica asociada a la conducta infractora.

Sin embargo, en este caso el artículo 52 de la Ley 11/1998 estipula en sus apartados 2 a 5 unas reglas imperativas a las que debe atenerse el órgano sancionador para calificar la gravedad de la infracción; calificación que naturalmente queda sujeta al posterior control judicial, por lo que, a diferencia del artículo 40 de la Ley Foral 7/2006 y del resto de preceptos enjuiciados en las sentencias anteriormente citadas, el artículo 52 de la Ley de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid, da cumplimiento, precisamente, a la STC 150/2020, al establecer unos crite-

⁴ STC 150/2020, de 22 de octubre, reseñada en ADC, tomo LXXIV, 2021, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1508-1511.

rios para valorar la gravedad de las infracciones e incorporar expresamente unas reglas para vincular tales criterios con la calificación de aquellas.

4) Decisión.—El Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad, por considerar que el artículo 52 de la Ley de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid cumple con el mandato de taxatividad del artículo 25.1 CE.

STC 106/2022, 13 de septiembre.

RI: Desestimado.

Ponente: Martínez-Varés. Voto particular concurrente: Balaguer, Xiol y Montalbán.

Conceptos: Derecho de visitas, comunicación y estancias. Decisiones en el ejercicio de la patria potestad. Interés superior del menor. Perspectiva de género.

Preceptos de referencia: Art. 2, apartados 10 y 19, L. 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; arts. 94.4 y 156.2 CC; arts. 9.2, 9.3, 9.4, 9.6, 24.1, 39, 81, 89 bis, 117 y 122 CE.

Resumen: El apartado cuarto del artículo 94 CC y el apartado segundo del artículo 156 CC, en la redacción que les ha dado la Ley 8/2021 (arts. 2.10 y 2.19), no vulneran el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) o la reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE).

1) Antecedentes y posición de las partes.—En el recurso de inconstitucionalidad que se examina, promovido por más de cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, se impugna el artículo 2, apartados décimo y decimonoveno, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, por existir, a juicio de los recurrentes, una total desconexión de los preceptos cuestionados con la finalidad perseguida por la Ley 8/2021, sin que en el preámbulo de la ley se justifique la introducción de los preceptos impugnados. Además y en concreto, se alegan los siguientes motivos de impugnación:

1.1 El apartado 10 del artículo 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, modifica el párrafo cuarto del artículo 94 CC, que pasa a tener la siguiente redacción (los incisos destacados en cursiva son los concretamente impugnados por los recurrentes): «*No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.* No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno filial».

Consideran los recurrentes que el artículo 94.4 CC, al privar al progenitor de los derechos de visita y estancia por imposición legal, sin dar opción al juez para que se pronuncie del modo más favorable a los menores, y sin posibilitar la existencia de un recurso contra la decisión por el progenitor afectado, y hacerlo de modo automático, lesiona la efectividad del mandato constitucional de velar por la protección de los menores e infringe el artículo 117 CE en relación con el artículo 39 y 24.1 CE. Añaden otros dos motivos de impugnación: de un lado, el empleo de la expresión «incurso en un procedimiento penal iniciado» impide conocer cuando una persona se encuentra en dicha situación, vulnerándose así el principio de seguridad jurídica; de otro, la atribución al juez del orden jurisdiccional civil a fin de que valore la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género propios del orden jurisdiccional penal, además de menoscabar el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), afecta a los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial [arts. 9.6, 9.2 y 3 y 89 bis.2)], y quebranta el principio de reserva de ley orgánica.

1.2 El apartado 19 del artículo 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, modifica el párrafo segundo del artículo 156 CC, que pasa a tener la siguiente redacción (nuevamente los incisos en cursiva se corresponden con los concretamente impugnados): «Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o *iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación.* Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos».

En este caso, sostienen los recurrentes que con dicha reforma se vulnera el artículo 117 CE en relación con el artículo 39 CE. Y así, indican que privar automáticamente, por efecto de la ley, a un progenitor de la facultad que le corresponde en la toma de decisiones que le incumben en el ejercicio de la patria potestad, supone una injerencia en la potestad jurisdiccional al posibilitar que un progenitor adopte una medida en relación con la investigación de los hechos que le corresponde al órgano judicial penal o bien carece de justificación.

La Abogacía del Estado se opone con base a los siguientes motivos: (i) El poder legislativo no ha llevado a cabo, mediante la regulación impugnada, una actuación de privación, de cercenamiento de la patria potestad de los progenitores, sino que configura el régimen general de ejercicio de las facultades de guarda y compañía de los menores sobre la base del cual luego habrá de decidirse por el órgano jurisdiccional; (ii) El artículo 39 CE no atribuye específicamente al órgano jurisdiccional determinados poderes de decisión, pues el alcance de las potestades de decisión del órgano jurisdiccional competente en cada caso es algo que puede quedar determinado y configurado por la ley en un sentido u otro (art. 117 CE); (iii) Los preceptos de la ley que han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad no invaden o hacen decidir al órgano jurisdiccional civil sobre materias de naturaleza penal. Y (iv) El

artículo 156.2 CC no constituye la decisión o la provisión para que el juez civil decida sobre un asunto penal. Se trata tan solo de la eventual constatación por el juez civil de un hecho indubitado.

2) Consideraciones previas.—Antes de analizar la constitucionalidad de parte del precepto impugnado, el Tribunal lleva a cabo las siguientes precisiones: (i) Si bien los recurrentes impugnan formalmente la totalidad del artículo 2 en sus apartados décimo y decimonoveno de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la nueva redacción que respectivamente confieren a los artículos 94, párrafo cuarto, y 156, párrafo segundo CC, sin embargo, de su argumentación resulta que únicamente cuestionan la constitucionalidad de una parte de dichos párrafos; (ii) los recurrentes han aprovechado la modificación parcial del artículo 156 CC, operada por la Ley 8/2021, para exigir la anulación de una regulación introducida por el Real Decreto-ley 9/2018, eludiendo con ello el plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad del artículo 33 LOTC; (iii) El juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, pues no es este tribunal «juez de la calidad técnica de las leyes», en su triple dimensión de corrección técnica, oportunidad o utilidad de las leyes (STC 341/1993, de 18 de diciembre, FJ 2; con posterioridad, STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9), sino «vigilante de su adecuación a la Constitución» (STC 40/2018, de 26 de abril, FJ 8).

3) Análisis y decisión del Tribunal.—Dicho esto, veamos los aspectos analizados en la sentencia que tienen una mayor incidencia en el ámbito del derecho civil y que afectan en este caso al análisis del artículo 94.4 y 156.2, ambos del Código Civil.

I. Art. 94.4 CC:

«No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.»

Derecho de visitas, comunicaciones y estancias e interés superior del menor. Juicio de ponderación.—El Tribunal recuerda su doctrina, en el sentido de que tanto la regulación del régimen de estancias, comunicaciones y visitas, exista o no acuerdo parental, como su aplicación por los órganos judiciales y por los poderes públicos, deben estar presididas por la protección del interés superior del menor. Y así, en materia de relaciones paterno-filiales, el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo,

FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7)» (STC 176/2008, FJ 6).

De este modo, continúa diciendo el Tribunal que «En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada» (STC 176/2008, FJ 6).

El «interés superior del menor» en los tratados internacionales y la doctrina del Tribunal europeo de Derechos Humanos.—El artículo 39.4 CE dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España sobre el principio del interés superior del menor.

En este sentido, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño consagra el «interés superior del menor» como un principio que, proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial» por los Estados parte (arts. 3.1, 9.3 y 19.2).

Por otra parte, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, reconoce el «interés superior del niño» y «el respeto de los derechos fundamentales» como principios rectores en las adopciones internacionales.

En el marco de la Unión Europea, la Carta de los derechos fundamentales reconoce que la opinión del menor será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez y afirma que el «interés superior del menor» es «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones. Por lo demás, se reconoce el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses» (art. 24).

Por último, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, establece que las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio y que el ejercicio de ningún derecho de visita ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños (art. 31). Recuerda que los Estados partes pueden adoptar en relación con los autores de los delitos previstos en el convenio, medidas como la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45).

Ya en el ámbito jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la interpretación del artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos, subraya la prevalencia del interés superior del menor, como criterio inspirador de las resoluciones judiciales, que puede condicionar incluso el interés de los padres. No obstante, el contacto regular de los progenitores con sus hijos, sigue siendo un factor a tener en cuenta al equilibrar los diversos intereses en juego. Por lo demás, indica, en lo que aquí y ahora interesa, que los lazos del niño con su familia deben mantenerse, excepto en los casos en los que esta última ha demostrado ser particularmente inadecuada. De este modo, deberán ponderarse las consecuencias negativas a largo plazo

que pueda sufrir el menor por la pérdida del contacto con sus padres y la obligación positiva de adoptar medidas que faciliten la reunión de la familia tan pronto como sea realmente posible.

Eventuales límites del legislador en relación con la valoración del interés del menor.—El Tribunal Constitucional considera que del artículo 39 CE, de los tratados internacionales y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se desprende la imposibilidad de que el legislador establezca la ponderación del interés del menor, al determinar la regulación relativa al régimen de estancias, comunicaciones y visitas. Por otra parte, el principio de exclusividad de jueces y magistrados en el ejercicio de la actividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), o el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no impiden que el legislador pueda dictar una regulación general por la que determine la resolución que deba adoptarse, en relación con las estancias y visitas, en los procedimientos civiles y penales modulando la capacidad decisoria de los órganos judiciales. De este modo, no cabe apelar a la exclusividad jurisdiccional en la determinación del régimen de estancia y visitas de los hijos con sus padres. Y así, corresponde al legislador establecer una regulación que garantice los derechos fundamentales de las personas menores de edad y al Tribunal Constitucional enjuiciar si la concreta regulación legal ha respetado el interés superior del menor, los derechos fundamentales o los principios constitucionales; o si, por el contrario, ha sido irrazonable, desproporcionada o arbitraria.

En definitiva, los artículos 39, 24.1 y 117.3 CE no atribuyen al poder judicial una facultad de supervisión como límite constitucional añadido a la libertad de configuración del legislador en la regulación del régimen de visitas y estancias de los menores con sus padres.

El cuestionado automatismo del precepto y la expresión «incurso en un proceso penal iniciado».—Cuando está en juego el interés del menor, debe huirse de decisiones regladas y uniformes y estar a las concretas circunstancias del caso, la gravedad y naturaleza del delito cometido, la culpabilidad del autor, y la persona o personas directamente afectadas por el mismo, entre otras. Solo así se revelará o no necesario si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto las relaciones con alguno de los progenitores o con ambos.

Tras el análisis del párrafo cuarto del artículo 94 CC, en el contexto general del mencionado precepto y no de forma aislada, el Tribunal concluye que no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

En consecuencia, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso.

Por último, la expresión utilizada en el mencionado artículo, relativa a «incurso en un proceso penal iniciado», si bien puede dar lugar a dudas interpretativas, no compromete la previsibilidad y certeza de la norma. Además, (i) el juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, (ii) ocurre que en numerosas leyes se utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica judicial, y, (iii) en todo caso, si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas, respecto del progenitor denunciado o querrellado que hubiera sido imputado por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del artículo 94 CC señala, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal.

Por lo expuesto, debe descartarse también la denunciada vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y la reserva de ley orgánica.—Tras recordar la doctrina que el Tribunal ha establecido al interpretar el «derecho al juez ordinario predeterminado por la ley» (art. 24.2 CE, en relación con los arts. 81.1 y 122 CE), concluye considerando que el repetido artículo 94.4 CC, en su segundo inciso, cuando atribuye al juez del orden jurisdiccional civil valorar si de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas resultan indicios fundados de violencia doméstica o de género, como circunstancia a tomar en consideración para privar o suspender el régimen de visitas o estancias, no vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley ni el principio de reserva de ley orgánica, ya que no supone la atribución de competencia al juez de primera instancia distinta de la que tiene en este ámbito y menos aún menoscaba la competencia propia del orden jurisdiccional penal.

Tampoco se vulnera el principio de reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122.1 CE), toda vez que el precepto recurrido no efectúa una atribución del conocimiento de asuntos al juez de primera instancia distinta a la que ya tenía, y no se proyecta a la fijación de las reglas fundamentales de la competencia, material y territorial.

II. Art. 156.2 CC:

«Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos.»

En este caso el Tribunal, con remisión al análisis anteriormente expuesto sobre el artículo 94.4 CC y la eventual vulneración del artículo 117 CE en relación con el artículo 39 CE, descarta que la atribución por dicho precepto a uno de los progenitores de la facultad de decidir sobre la atención y asisten-

cia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, informando previamente al otro progenitor, sea contraria al principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), máxime cuando dicha decisión no está exenta del control judicial. Además, esa atribución no es irrazonable, desproporcionada o arbitraria, ni contraviene el interés del menor (art. 39 CE).

Todo ello conduce a declarar la constitucionalidad del precepto impugnado.

4) Voto particular concurrente. Perspectiva de género.—La sentencia cuenta con un voto particular concurrente de dos magistradas y un magistrado que, si bien comparten y coinciden en el fallo, no así con la línea argumentativa expuesta por la mayoría, toda vez que, a su entender, existe otra forma de interpretar la norma sometida a examen que admite llegar al mismo fallo, pero desde una perspectiva de género, que la sentencia aprobada ignora completamente, obviando de este modo la razón que llevó al legislador a la aprobación del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Y así, tras relacionar los antecedentes legislativos y jurisprudenciales que preceden a la Ley 8/2021 en lo relativo al régimen de comunicación y visitas de los progenitores y los hijos e hijas menores en casos de ruptura de la relación conyugal (art. 94 CC) y las condiciones de ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC) en contextos familiares en que alguno de los progenitores, en particular las madres, son víctimas de violencia por parte de sus parejas o exparejas y padres de los menores, sostienen que la modificación normativa sometida a juicio de constitucionalidad surge en el contexto de un desarrollo legislativo y jurisprudencial que, como puede observarse, va atribuyendo una naturaleza propia y específica, pero siempre dentro de las medidas para atajar la violencia machista y la violencia ejercida contra los hijos y las hijas de una pareja en la que también la madre sufre violencia.

De este modo, a juicio de las magistradas y magistrado, el artículo 94.4 CC, si bien, efectivamente, no puede tacharse de inconstitucional, ello es así no solo por la motivación apuntada en la fundamentación jurídica de la sentencia —que da a entender que el precepto no modula en modo alguno la discrecionalidad judicial a la hora de establecer regímenes de estancias, visitas y comunicaciones en casos de violencia de género o violencia doméstica—, sino como consecuencia de la evolución normativa en esta materia y de la existencia de una innegable violencia vicaria, que, sin olvidar una interpretación desde la perspectiva de género, «tiende a reducir el margen de apreciación del órgano judicial para imponer progresivamente medidas más restrictivas del mantenimiento de las relaciones parentales, en aplicación de un principio de precaución y de protección que no es ajeno a la garantía del interés superior de los menores, buscando preservar además la integridad física y moral de sus madres». Por ello, el artículo 94.4 CC es claro y coherente con la medida número 204 del pacto de Estado contra la violencia de género, cuando establece que en aquellos casos en que existan indicios fundados de que alguno de los progenitores ha incurrido en actos o conductas de violencia de género o violencia doméstica, la regla general será la suspensión del régimen de estancias, visitas y comunicaciones, y solo de manera excepcional podrá la autoridad judicial acordar tales estancias, visitas y comunicaciones, a través de una resolución judicial en que se justifique adecuadamente cuáles son las razones, basadas en el interés superior del menor, que motivan el apartamiento de la regla general, tras llevar a cabo una valoración adecuada de la relación paterno-filial.

Por lo demás, entienden que la sentencia de la que discrepan, si bien pone el énfasis en la necesidad de preservar el interés superior del menor, lo

hace desde la perspectiva del mantenimiento de sus relaciones familiares, amparadas por el artículo 39 CE y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que cita. Las magistradas y el magistrado firmantes del voto particular consideran que aquel interés no se enfoca tanto en este caso hacia la preservación de sus relaciones familiares como hacia la protección de las personas menores de edad de las graves y nocivas consecuencias que para su vida, integridad física y moral y para el libre desarrollo de su personalidad derivan de su exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica. Protección de la vida, integridad física y moral de las personas menores de edad, amparada en los artículos 10.1, 15 y 39 CE.

Las magistradas y magistrado concluyen considerando que «La deliberada omisión en la sentencia de toda referencia a la violencia de género en general y a la violencia vicaria en particular constituye una auténtica invisibilización de estas realidades desgraciadamente presentes de manera notoria en nuestra sociedad, invisibilización que resulta particularmente incomprensible en lo que se refiere a la violencia vicaria, que claramente se sitúa en el origen y fundamento del precepto examinado, y que se ha cobrado ya la vida de cuarenta y siete niños y niñas desde el año 2013, en que comenzaron a recopilarse datos relativos a esta particular clase de violencia. La invisibilización de la violencia de género, que constituye la manifestación más grave de la desigualdad entre mujeres y hombres supone también ignorar por completo que el principio de igualdad entre mujeres y hombres, como regla hermenéutica general, ha de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)».

STC 130/2022, 24 de febrero.

RA: Estimado.

Ponente: Montalbán.

Conceptos: Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Declaración de desamparo. Procedimiento de oposición. Determinación de la edad. Interés superior del menor. Menores extranjeros no acompañados. Audiencia de menores.

Preceptos de referencia: Art. 24 CE, art. 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; arts. 6 y 13 del Convenio europeo de derechos humanos; art. 8 de la Declaración Universal de los derechos humanos; art. 113 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia; art. 20 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y art. 780 LEC.

Sentencias o Autos relacionados⁵: AATC 172/2013, de 9 de septiembre y 151/2013, de 8 de julio; STS 410/2021, de 18 de julio.

Resumen: La sentencia se dicta como consecuencia del recurso de amparo promovido, de un lado, contra la resolución de un Juzgado de Primera Instancia que no admitió a trámite el escrito iniciador del proceso especial

⁵ STC 31/2019, de 28 de febrero, reseñada en ADC, Tomo LXXIII, 2020, fasc. IV, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pp. 1774 y 1775.

SSTC 30/2020, de 24 de febrero, 48/2020, de 15 de junio, 140/2020, de 6 de octubre, reseñadas en ADC, Tomo LXXIII, 2020, fasc. IV, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pp. 1774 y 1775.

en materia de protección de menores regulado en el artículo 780 LEC, con el que el ahora recurrente pretendía oponerse a la resolución administrativa dictada por La Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia en un expediente de desamparo. De otro, contra la sentencia de la Audiencia Provincial que, desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la anterior resolución, entra en el fondo del asunto sin respetar el derecho de defensa, las garantías procesales, los principios de contradicción e igualdad de armas del recurrente ni su derecho a ser oído.

1) Antecedentes del caso y alegaciones ante el Tribunal.—La Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (en adelante, DGAIA) pone fin a un expediente de desamparo del ahora recurrente en amparo, Don M.M., quien mostró su interés en oponerse judicialmente a dicha resolución administrativa por los cauces del artículo 780 LEC.

— El Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Barcelona, donde tuvo entrada el escrito iniciador del mencionado procedimiento de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores, regulado en el artículo 780 LEC, acuerda la inadmisión de lo que considera una demanda, lo que comportó, además, la imposibilidad de examinar el expediente de desamparo.

— El Auto es recurrido en apelación y la Sección decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona desestima el recurso.

— El demandante de amparo, tras indicar que el Juzgado ha confundido el escrito iniciador del expediente con la demanda propiamente dicha, considera que se le ha negado el acceso a la jurisdicción. En concreto, no solo no ha podido oponerse a la resolución de cierre del expediente de desamparo adoptada por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia sino que tampoco ha podido impugnar, aun por vía indirecta, el decreto de la Fiscalía de menores de Barcelona, que determinaba la fecha de nacimiento, y, consiguientemente, la edad del recurrente.

Añade que la audiencia provincial, con ocasión de un recurso de apelación contra la inadmisión de una pretendida demanda, no solo no reparó en que en el recurso también se impugnaba el decreto dictado por la Fiscalía de menores de Barcelona que fijaba la fecha de nacimiento del recurrente, sino que entró a conocer del fondo del asunto y desestimó dicho recurso con base a que el cierre del expediente de desamparo fue consecuencia de la propia actitud del recurrente. Insiste en que Don M. M. no pudo realizar alegación alguna en relación con dicho extremo, por cuanto no se le concedió tal posibilidad.

— La Generalitat de Cataluña niega que se haya producido la vulneración del artículo 24 CE precisamente porque la audiencia provincial ha resuelto sobre el fondo en atención a las circunstancias del caso. Añade que en este caso la administración adoptó las medidas de protección de menores.

— El Ministerio Fiscal sí aprecia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la justicia, al haber inadmitido el escrito inicial del procedimiento como si se tratara de una demanda y por no haber reclamado los expedientes de la Fiscalía y de la DGAIA. Además, no se tuvo en cuenta un escrito de rectificación presentado por el recurrente en amparo.

En cuanto a lo resuelto por la Audiencia Provincial, objeta que resuelve en cuanto al fondo en atención a la documentación aportada por la Generali-

tat de Cataluña sin posibilidad de contradicción y sin valorar la eventual vulneración en la tramitación, llevada a cabo por el Juzgado de Primera Instancia.

2) Posición del Tribunal.—Desde un punto de vista procesal y pese a la objeción planteada por la Generalitat de Cataluña, considera el Tribunal que el supuesto planteado no solo goza de especial trascendencia constitucional, sino que presenta elementos novedosos que justifican un pronunciamiento expreso. En concreto, (i) La eventual vulneración se habría cometido en el marco de un proceso especial, el regulado por el artículo 780 LEC, sobre el que no existe todavía pronunciamiento alguno de este tribunal, y que reviste especial trascendencia por la naturaleza de los bienes jurídicos que está llamado a tutelar; (ii) Dicho proceso especial sirve, además, como vehículo indirecto para la impugnación de los decretos de determinación de edad dictados por el Ministerio Fiscal; (iii) La inadmisión a limine se produce antes de la presentación de la demanda y antes, incluso, de que la parte haya podido tomar conocimiento de las actuaciones concretas a las que se opone y de que haya sido dictada o notificada una resolución expresa por parte de la administración. Sobre estas cuestiones, que de manera clara pueden incidir sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su modalidad de acceso a la jurisdicción, no existe tampoco pronunciamiento alguno de este tribunal.

Por lo demás, apela a su doctrina sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, y recuerda que «el recurso de amparo solo puede iniciarse una vez agotada la vía impugnatoria ante la jurisdicción ordinaria», lo que en su día constituyó un óbice para que fueran admitidos los recursos de amparo frente a los decretos de determinación de edad del Ministerio Fiscal en los AATC 172/2013, de 9 de septiembre y 151/2013, de 8 de julio, pero no ahora, en atención a los antecedentes del caso, que constatan el agotamiento de la vía judicial.

Dicho esto, son dos las cuestiones examinadas por el Tribunal previo a resolver el presente recurso de amparo:

La edad como circunstancia integrante de la identidad de la persona.—La fecha de nacimiento y, correlativamente, la edad, constituye, al igual que la voz, el nombre, los apellidos, etc., una circunstancia integrante de ese núcleo esencial que conforma la identidad misma de la persona. Sobre esto último no había tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional, pero sí el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 21 de julio de 2022, asunto Darboe y Camara c. Italia).

En consecuencia, el decreto de Fiscalía determinante de la fecha de nacimiento es de especial trascendencia a la luz del artículo 8 de la Convención sobre derechos del niño, vinculante para España conforme a lo dispuesto en los artículos 96 y 10.2 CE.

El interés superior del menor en la jurisprudencia constitucional y la especial vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado.—El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina sobre el principio constitucional de protección del interés superior del menor (art. 39 CE y SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 141/2000, FJ 5; 77/2018, de 5 de julio, FJ 2, 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4 y 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, entre otras) y sobre el derecho de la persona menor de edad, o que pudiera serlo, a ser oída y escuchada, como parte del estatuto jurídico indisponible de las personas menores

de edad, como norma de orden público que, de forma inexcusable, han de observar todos los poderes públicos (SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, y 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5).

Añade que, en el caso de los menores extranjeros no acompañados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto el acento en la importancia de la protección de sus derechos atendida su especial vulnerabilidad (STEDH de 21 de julio de 2022, asunto Darboe y Camara c. Italia). En esta resolución el Tribunal Europeo recuerda el principio de presunción de minoría de edad, que considera «un elemento inherente a la protección del derecho al respeto de la vida privada de una persona extranjera no acompañada que declara ser menor de edad», lo cual implica que el procedimiento para la determinación de la edad en estos casos debe ir acompañado de las garantías procesales adecuadas y suficientes.

Decisión.—El Tribunal valora la eventual vulneración del artículo 24 CE por parte del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial:

– En lo que respecta al Juzgado, al no admitir a trámite el escrito inicial de promoción del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 780 LEC) con fundamento en la falta de aportación, por la parte promotora del incidente, de una resolución expresa dictada por la DGAIA en tal materia.

Concluye el Tribunal considerando que la decisión judicial que niega el acceso al proceso por el incumplimiento de los requisitos del artículo 780.2 LEC, además de carecer de apoyo legal, resulta desproporcionada atendiendo a los fines perseguidos y los intereses que se sacrifican. Éstas son, en síntesis, las razones que invoca el Tribunal: (i) El Juzgado incurrió en un error patente. Lo que fue objeto de inadmisión en primera instancia era, en realidad, el escrito inicial al que se refiere el artículo 780.2 LEC y no la demanda; (ii) El artículo 780 LEC indica los requisitos en cuanto al contenido de este proceso especial, pero no prevé que la consecuencia para el caso de incumplimiento de los mismos sea la inadmisión, máxime cuando puede ocurrir que la resolución administrativa no se hubiera dictado o, aún dictada, no haya sido notificada a la parte. En ambos supuestos la parte se vería materialmente imposibilitada de cumplir con la formalidad establecida en el artículo 780.2 LEC por razones completamente ajenas a su voluntad y control y esto es lo sucedido en el caso de autos. La falta de notificación comportaba que el cumplimiento del requisito de identificación y aportación de la resolución recurrida resultara imposible en el momento de presentación del escrito inicial del procedimiento; (iii) En cualquier caso, debería haberse atendido a las posibilidades de subsanación de defectos procesales que la Ley de enjuiciamiento civil contempla expresamente; (iv) El procedimiento especial regulado en el artículo 780 LEC no solo tiene por objeto revisar las resoluciones administrativas adoptadas en materia de protección de menores, sino también revisar, por vía indirecta, los decretos de determinación de la edad dictados por el Ministerio Fiscal, lo que, indirectamente, se ha impedido en el caso examinado.

– En cuanto a la Audiencia, el Tribunal valora la eventual vulneración del artículo 24 CE al desestimar aquella el recurso de apelación formulado, por entender justificada la resolución de la Dirección General de cierre del expediente de desamparo en atención a la conducta del recurrente, acreditada a través de la documentación obrante en el propio expediente.

Concluye considerando que la decisión del Tribunal de segunda instancia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en su vertiente

de derecho de acceso a la jurisdicción. En concreto, no ha respetado el derecho de defensa, las garantías procesales ni los principios de contradicción e igualdad de armas del recurrente. Tampoco su derecho a ser oído.

En este caso, las razones del Alto Tribunal son las siguientes: (i) Se constata que toda la documentación en la que se apoya la audiencia provincial para decidir había sido aportada por la Generalitat de Cataluña, sin que el ahora recurrente en amparo hubiera podido acceder a la misma, ni formular alegaciones relativas al fondo del asunto, al haber sido inadmitido su escrito inicial, presentado al amparo del artículo 780 LEC; (ii) No se ha garantizado el derecho de Don M. M. a ser oído y escuchado en el proceso conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de protección jurídica del menor y al artículo 780.3 LEC; (iii) El decreto de determinación de la edad, de especial importancia a la hora de fijar la identidad del menor y su estado civil, vinculados a la fecha de nacimiento, se puede impugnar indirectamente mediante el procedimiento de oposición a la resolución administrativa en cuyo origen se encuentre el referido decreto. Impugnación que resultó vetada al no haberse admitido el escrito iniciador del mencionado proceso especial; y, pese a ello, (iv) la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona descansa, entre otras resoluciones, en el decreto de la Fiscalía que determina la fecha de nacimiento de Don M.M.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional en esta sentencia concede el amparo solicitado y, de conformidad con el artículo 55 LOTC, ordena restablecer el derecho mediante la anulación de las resoluciones impugnadas y la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado del auto que inadmitió el escrito iniciador del proceso especial regulado en el artículo 780 LEC.

STC 82/2022, 27 de junio.

RA: Desestimado.

Ponente: Espejel.

Conceptos: Reclamación filiación no matrimonial. Posesión de estado.

Caducidad de la acción. Retroactividad de las normas. Tutela judicial efectiva. Derecho a la prueba.

Preceptos de referencia: Art 133.2 CC; Ley 26/2015; arts. 14.1, 24.1 y 24. CE.

Sentencias relacionadas: SSTC 273/2005, de 27 de octubre, 52/2006, de 16 de febrero; y STS 457/2018, de 18 de julio.

Resumen: La fijación del plazo de un año para reclamar la filiación no matrimonial desde que el progenitor tuvo conocimiento de los hechos no vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción.

1) Antecedentes del caso y alegaciones ante el Tribunal.—El recurrente en amparo, Don I.M., instó en su día una acción de reclamación de filiación no matrimonial que fue desestimada por un Juzgado de Primera Instancia de Bilbao por considerar que había caducado conforme a lo previsto en el artículo 133.2 CC, en la redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En concreto, entiende el Juzgado que no había resultado acreditada la posesión de estado. En tal caso, el mencionado precepto establece el plazo de un año para el ejercicio de la acción a los progenitores desde que hubieren tenido conocimiento de los hechos en que basan su reclamación. La sentencia se apoya en la STS 457/2018, de 18 de julio, que considera aplicable la nueva

redacción del artículo 133 para los casos en que el nacimiento haya sido anterior a la entrada en vigor de la norma, si esta ya estaba vigente al tiempo de interponerse la demanda.

– Don I.M. recurre en apelación la meritada sentencia y plantea nuevamente cuestión de inconstitucionalidad, por considerar que la nueva redacción del artículo 133.2 del Código civil, operada en virtud del artículo 2.3 de la Ley 26/2015, da lugar a una discriminación entre las parejas matrimoniales y las no casadas en contra del artículo 14.1 CE, además de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva por la brevedad del plazo de caducidad establecido. Añade que se le ha causado indefensión, al no haberse aplicado la norma vigente anterior a la reforma, y que se ha vulnerado el artículo 24.2 CE en relación con el derecho a la prueba, al haberse inadmitido los medios de prueba que iban dirigidos a acreditar la posesión de estado.

La parte apelada, doña N.P., se opuso al recurso de apelación y al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El Ministerio Fiscal presentó escrito de impugnación de la resolución apelada y la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya desestimó el recurso y no accedió a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, por considerar que el artículo 133.2 del Código civil es consecuencia del cumplimiento por parte del legislador de la doctrina del Tribunal Constitucional en las SSTC 273/2005 y 52/2006.

– El ahora recurrente en amparo presentó recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron inadmitidos.

– En el recurso de amparo que ha dado origen a la resolución que se reseña, el demandante alega: vulneración del derecho fundamental a la prueba (art. 24.2 CE); vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción; discriminación de las parejas no casadas frente a las casadas, contraria a los dictados del artículo 14 CE. Solicita del Tribunal Constitucional el planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad.

– Doña N. P. sostiene que en el caso examinado no concurre especial trascendencia constitucional y entiende que el régimen establecido en el artículo 133.2 CC no resulta discriminatorio en cuanto al plazo establecido para el progenitor, ya que de no aplicarse a los menores nacidos antes de la reforma, se produciría una discriminación respecto a los nacidos con posterioridad. Añade que el límite temporal para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial está justificado, porque las diferencias de régimen jurídico respecto de la filiación matrimonial responden a situaciones de hecho distintas. Por último, sostiene que la interpretación del Tribunal Supremo sobre la aplicación del artículo 133.2 del Código civil, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y que la prueba propuesta por el demandante no reunía los requisitos de utilidad y pertinencia, por lo que no hay vulneración del derecho a la prueba.

– El Ministerio Fiscal considera que la motivación ofrecida para denegar la prueba fue insuficiente, atendidas las consecuencias que produjo – acreditar la posesión de estado resultaba esencial, no solo para la estimación de la demanda, sino para la no aplicación del plazo de caducidad del artículo 133.2 del Código civil–. En consecuencia, interesa la estimación del recurso de amparo por considerar que se ha vulnerado el derecho a la prueba del demandante. Sin embargo, no aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción y, en lo relativo a la solicitud de planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad,

considera que no está vinculada a la concreta y efectiva lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

2) Argumentación del Tribunal.—El Tribunal Constitucional, tras considerar que en el caso objeto de examen el recurso planteado presenta especial trascendencia constitucional, valora los distintos motivos de vulneración alegados, en el orden inverso a cómo han sido planteados, en atención al criterio de «mayor retroacción».

Doctrina jurisprudencial constitucional sobre reclamación de la filiación no matrimonial sin posesión de estado.—El Tribunal inicia su exposición explicando que la reforma que llevó a cabo la Ley 26/2015, de anterior referencia, es la respuesta del legislador a la inconstitucionalidad del artículo 133 CC, declarada en la STC 273/2005 y reiterada en la STC 52/2006, por insuficiencia normativa, al no regular el texto anterior la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado. Todo ello sin perjuicio de la necesidad de incluir, en su caso, los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Es por ello que se introdujo un segundo apartado al artículo 133, que concede acción al progenitor sin posesión de estado para reclamar la filiación en el plazo de un año desde que tuvo conocimiento de los hechos en los que base su reclamación.

Duración del plazo de ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial.—El Tribunal parte de la idea de que no le corresponde la fijación de la duración de los plazos de ejercicio de acciones. Ello compete al legislador. Sin embargo, entiende que la duración del plazo de ejercicio de la acción que es objeto de examen en este asunto —un año desde que se tuvo conocimiento de los hechos en que se base la reclamación—, no constituye una restricción excesiva al acceso a la jurisdicción. Además, con cita de la STC 140/2021 recuerda que «el derecho de acceso a la jurisdicción como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, comporta un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal que puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos».

Añade que los Estados disponen de cierto margen de apreciación para regular el derecho de acceso a la jurisdicción, correspondiendo al Tribunal de Derechos Humanos la decisión final sobre el respeto al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En este sentido, el Tribunal Europeo ha dejado sentado que «una limitación no resultará compatible con el artículo 6, párrafo primero, del Convenio si no persigue una finalidad legítima y no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin que se trata de alcanzar» (STEDH 31 de julio de 2014, asunto *Jüssi Osawe c. Estonia*).

Dicho esto, concluye el Tribunal Constitucional considerando que «los términos en que se configura legalmente el plazo de ejercicio de la acción no imposibilitan el acceso a la jurisdicción al progenitor no matrimonial sin posesión de estado, por lo que, de acuerdo con los parámetros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se lesiona la esencia del derecho». Ade-

más, «el plazo fijado cumple un fin legítimo, al impedir el ejercicio abusivo de la acción (STC 273/2005) y preservar la necesaria proporcionalidad entre: (i) la protección del interés del hijo y la salvaguarda de la seguridad jurídica en el estado civil, y (ii) el derecho de acceso a la jurisdicción del progenitor no matrimonial sin posesión de estado».

Retroactividad de la norma.—¿Qué ocurre si el/la menor de edad nació con anterioridad a la reforma del artículo 133 CC, pero la demanda de reclamación de la filiación no matrimonial se plantea después de dicha modificación legal?, ¿Se aplica el artículo 133.2 CC en su actual redacción?, ¿Constituye una retroactividad contraria al criterio establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias como la de 21 de octubre de 2013 —asunto *Del Río Prada c. España*—?

Tras exponer que la mencionada sentencia, no presenta similitud con el objeto del presente recurso de amparo, en este caso ocurre que la decisión del órgano judicial de apreciar la caducidad de la acción, no solo deriva de la aplicación de la legalidad vigente en el momento de presentación de la demanda, sino que, además, la Ley 26/2015, que reformó el artículo 132 CC, no estableció un régimen transitorio, lo que revela que la voluntad del legislador fue la aplicación inmediata del plazo de caducidad de un año a toda demanda presentada con posterioridad a su entrada en vigor.

Derecho a la prueba.—El Tribunal expone con concisión y claridad elogiables la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la prueba. Concluye que en este caso la inadmisión de las pruebas por el órgano judicial se ajustó al canon de motivación de las resoluciones judiciales, toda vez que el recurrente en amparo no ha logrado demostrar que los medios de prueba que no se admitieron fueran decisivos en términos de defensa. Y así, se comprueba que el sentido del fallo desestimatorio de la pretensión ha descansado en otros distintos motivos.

Discriminación y cuestión interna de inconstitucionalidad.—El Tribunal tampoco atiende esta petición toda vez que no existen motivos para considerar que la norma aplicada resulte por sí misma lesiva de derechos fundamentales (art. 55.2 LOTC). Por lo demás, se remite a la STC 273/2005 en lo que respecta a la inexistencia de discriminación por falta de homogeneidad entre parejas casadas y no casadas, como consecuencia del establecimiento de un régimen diferente para la reclamación de la filiación, cuando falte la posesión de estado, según sea aquella matrimonial o no matrimonial.

4) Decisión.—La demanda de amparo fue desestimada.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Seguro, invalidez permanente por enfermedad común y momento del siniestro

XABIER BASOZABAL ARRUE

Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Navarra

RESUMEN

La STS 195/2023, Sala Civil, de 31 de enero (P. Pedro José Vela Torres, ECLI:ES:TS:2023:195) viene a unificar criterio con la Sala Social en una cuestión que podría sintetizarse así: cuando uno sufre una enfermedad común que finalmente deriva en invalidez laboral permanente o absoluta, en el contexto de un préstamo hipotecario que obliga a concertar un seguro que cubre dicha invalidez, puede ocurrir que el seguro no esté vigente durante todo el período relevante –desde que se diagnostica la enfermedad hasta que se declara la invalidez–, y surge la duda razonable sobre si la invalidez queda cubierta cuando, a pesar de estar el contrato vigente cuando la enfermedad se diagnosticó, no lo está en la fecha en que la invalidez se declaró oficialmente. La duda es mayor si una cláusula contractual establece que el momento relevante para determinar el siniestro es el de la declaración oficial de la invalidez a cargo de las autoridades competentes. El momento a tener en cuenta dependerá de que nos hallemos ante un supuesto de regla general, o de excepción. La regla será la declaración oficial; la excepción, el momento del diagnóstico irreversible de la enfermedad.

PALABRAS CLAVE

Seguro. Invalidez permanente. Siniestro. Enfermedad común. Cobertura en el momento del diagnóstico irreversible o definitivo. Cobertura en el momento en que la invalidez se declara. Legitimación activa en el seguro por invalidez. Cláusula limitativa de los derechos del asegurado.

Insurance, permanent disability due to common illness and the time of the claim

ABSTRACT

The STS 195/2023, Civil Chamber, of 31 January (R. Pedro José Vela Torres, ECLI:ES:TS:2023:195) unified criteria with the Social Chamber on a question that could be summarized as follows: when one suffers a common illness that eventually results in permanent or absolute work disability, in the context of a mortgage loan that obliges one to take out insurance to cover such disability, it may happen that the insurance is not in force during the entire relevant period - from the time the illness is diagnosed until the disability is declared - and a reasonable doubt arises as to whether the disability is covered when, despite the contract being in force when the illness was diagnosed, it is not in force on the date on which the disability was officially declared. The doubt is greater if a clause in the contract provides that the relevant time for determining the claim is the official declaration of invalidity by the competent authorities. The time to be considered will depend on whether we are dealing with a general rule or an exception. The rule will be the official declaration; the exception, the moment of the irreversible diagnosis of the disease.

KEY WORDS

Insurance. Permanent disability. Accident. Common illness. Coverage at the moment of irreversible or definitive diagnosis. Coverage at the moment when the disability is declared. Legal standing in disability insurance. Clause limiting the rights of the insured person.

SUMARIO: 1. Introducción.-2. El precedente unificador: el seguro de accidentes (STS 736/2016, Sala Civil, de 21 de diciembre, P. José Antonio Seijas Quintana, ECLI:ES:TS:2016:5525).-3. La enfermedad común no es un accidente (STS 2746/2010, Sala Social, de 14 de abril, P. Fernando Salinas Molina, ECLI:ES:TS:2010:2746).-4. La STS 195/2023, Sala Civil, de 31 de enero, P. Pedro Vela Torres (ECLI:ES:TS:2023:195). Marco general. 4.1 El supuesto de hecho. 4.2 Sin problemas de interpretación de la cláusula (STS 60/2021, Sala Civil, de 8 de febrero, P. Francisco Marín Castán, ECLI:ES:TS:2021:356). 4.3 El planteamiento de la solución.-5. La solución a la que llega la STS 195/2023, Sala Civil, de 31 de enero (P. Pedro José Vela Torres, ECLI:ES:TS:2023:195): unificación de doctrina con la Sala de lo Social. 5.1 Cuándo nos hallamos ante una excepción. 5.2 La cláusula es limitativa de los derechos del asegurado. 5.3 La legitimación activa.-6. Recapitulación.-Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La STS 195/2023, Sala Civil, de 31 de enero (P. Pedro José Vela Torres, ECLI:ES:TS:2023:195) viene a unificar criterio con la Sala de lo Social en una cuestión que podría sintetizarse así: cuando uno sufre una enfermedad común que finalmente deriva en invalidez laboral permanente o absoluta, en el contexto de un préstamo hipotecario que obliga a concertar un seguro que cubre dicha invalidez, puede ocurrir que el seguro no esté vigente durante todo el período relevante –desde que se diagnostica la enfermedad hasta que se declara la invalidez–, y surge la duda razonable sobre si la invalidez queda cubierta cuando, a pesar de estar el contrato vigente cuando la enfermedad se diagnosticó, no lo está en la fecha en que la invalidez se declaró oficialmente. La duda es mayor si una cláusula del contrato establece que el momento relevante para determinar el siniestro es el de la declaración oficial de la invalidez a cargo de las autoridades competentes.

Es evidente que si la enfermedad de la que deriva la invalidez permanente se manifiesta cuando el contrato de seguro está ya extinguido, éste no tiene nada que cubrir; y si el seguro está vigente hasta después de la declaración oficial de invalidez permanente, esta quedará cubierta. La duda surge, por tanto, cuando la enfermedad es diagnosticada estando vigente el contrato, que no lo está ya cuando la invalidez se declara oficialmente. Parece que la solución dependerá de cuál sea el momento determinante del siniestro cubierto (invalidez): si es aquél en que la enfermedad puede darse por definitiva, o el correspondiente a su declaración por parte de la autoridad competente.

Como se ve, la finalidad de la sentencia es aclarar la situación sobre un punto controvertido, al que además se añade el contexto contractual: el contrato ya dice en sus condiciones generales cuál es el momento en el que hay que entender acontecido el siniestro. Ese momento es perfectamente conocido por el TS, puesto que se trata de la «regla general» en materia de seguros de vida: la fecha del siniestro cubierto por la invalidez es la fecha de la declaración oficial de la misma a cargo del Equipo de Valoración de la Invalidez (EVI) o de la Unidad de la Valoración Médica de la Invalidez (UVAMI) correspondiente.

En el momento en que la enfermedad común se da por definitiva, esto es, cuando hay un diagnóstico firme que ya no se modifica y que, *a posteriori*, resulta definitivo en la declaración de invalidez, todavía está vigente el contrato de seguro. En el momento en que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) declara oficial-

mente la invalidez permanente, el contrato de seguro está ya extinguido entre las partes (haya otro contrato o no). *¿Quid iuris?*

Es evidente que las partes hubiesen podido negociar la cláusula contractual que se refiere a ese mismo contenido; pero siendo la cláusula no negociada, surge la duda de si es limitativa de los derechos del asegurado, en cuyo caso, para ser válida, deberá reunir los requisitos del artículo 3 LCS. A favor de su inclusión en el contrato está que el propio TS la adopta como regla general en el ramo y, por lo tanto, que es conocida y predecible, en absoluto sorprendente. En contra, parece que se trata de una cláusula que podría limitar los derechos del asegurado, y que para formar parte del contrato debe cumplir los requisitos del artículo 3.1 *in fine* LCS, como concluye el TS. Para éste, la cláusula prerredactada que establece como momento del siniestro el de la declaración oficial de dicha invalidez, también cuando ésta deriva de una enfermedad común que ya estaba diagnosticada antes de la declaración de invalidez, y estando el contrato vigente, debe considerarse una cláusula limitativa de los derechos del asegurado.

Si el asegurado tiene una legítima expectativa en que la enfermedad común diagnosticada, que es causa de la futura invalidez permanente –criterio jurisprudencial para las enfermedades–, está cubierta por el contrato, parece que debería bastar con que éste esté vigente en el momento del diagnóstico. Desde esta perspectiva, toda cláusula que restrinja esa expectativa a que la invalidez por enfermedad común diagnosticada en el período de vigencia del contrato quede cubierta, o que establezca como siniestro el de un momento posterior al de su diagnóstico firme, sería limitativa de esa expectativa legítima. Y siendo una cláusula limitativa, deberá reunir los requisitos del artículo 3.1 *in fine* LCS para formar parte del contrato. Si los cumple (básicamente, si la cláusula es aceptada por escrito por aquel a quien perjudica, el asegurado), la cláusula formará parte del contrato y será obligatoria para las partes; en caso contrario, no.

2. EL PRECEDENTE UNIFICADOR: EL SEGURO DE ACCIDENTES (STS 736/2016, SALA PRIMERA, DE 21 DE DICIEMBRE, P. JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA, ECLI:ES:TS:2016:5525)

El TS ya había dictado la sentencia 736/2016, Sala Civil, de 21 de diciembre (P. José Antonio Seijas Quintana, ECLI:ES:TS:2016:5525) para coordinarse con la Sala de lo Social en materia de seguros de

accidente. El momento relevante para entender acontecido el siniestro (invalidez permanente), cuando éste proviene de un accidente, es el momento en que acontece el accidente. En dicha sentencia, un asegurado demandaba a su aseguradora para que le cubriese la invalidez que sufrió al colisionar su vehículo contra un muro. En el momento de producirse los hechos, el contrato (seguro de accidentes) se encontraba en vigor.

La aseguradora demandada y recurrente ante el TS, defendía que la fecha determinante del siniestro cubierto por el seguro de accidentes era la fecha de la declaración o reconocimiento oficial de la invalidez por parte de la autoridad laboral competente, momento a partir del cual (pero no antes) debían entenderse devengados los intereses del artículo 20 LCS. La demandada apoyaba su tesis en ciertas sentencias¹, en las que se concluye que, cuando el riesgo asegurado en la póliza de accidentes es una invalidez, *el siniestro no tiene lugar hasta que dicha situación se declara*, y hasta entonces no hay posibilidad de mora (art. 20.6 LCS). Hasta el momento de la declaración oficial es prudente no prejuzgar nada, pues las consecuencias económicas del accidente, según el tipo de invalidez a que dé lugar (temporal o perpetua), son muy diferentes, y no siempre predecibles.

En sentido contrario –sigue relatando la sentencia mencionada–, existe otra jurisprudencia que atiende, sobre todo, al momento en el que se produce el accidente del que desencadena la invalidez, no al tipo de invalidez determinado en su declaración oficial². Ellas procuran una solución en la línea marcada por la STS 646/2000, Sala Social, de 1 de febrero (P. Aurelio Desdentado Bonete, ECLI:ES:TS:2000:646; reiterada en la más reciente STS 908/2016, Sala Social, de 18 de febrero, P. Ángel Antonio Blasco Pellicer ECLI:ES:TS:2016:908), según la cual, en un seguro de accidente el riesgo asegurado o siniestro es fundamentalmente el accidente,

¹ Entre las sentencias citadas, SSTS, Sala de lo Social, de 22 de septiembre de 1987 (P. Francisco Tuero Bertrand, ECLI:ES:TS:1987:14449) y de 17 de julio de 2012 (P. María Luisa Segoviano Astaburuaga, ECLI:ES:TS:2012:5910). En cuanto a Sala Civil, dice literalmente la STS de 16 de mayo de 1996 (P. Francisco Morales Morales, ECLI:ES:TS:1996:2940) que «el riesgo asegurado era la incapacidad o invalidez absoluta y permanente y no la enfermedad común que luego dio lugar a la misma, ya que cuando quedó extinguido o cancelado el contrato de seguro Caser, aún no se sabía si dichas enfermedades comunes iban a desembocar en tales declaraciones de incapacidad o en la curación de las mismas». Véase también la STS, Sala Civil, de 20 de julio de 2011 (P. Juan Antonio Xiol Ríos, ECLI:ES:TS:2011:5535).

² Se citan las SSTS, Sala Civil, de 17 de junio de 1993 (P. Jaime Santos Briz, ECLI:ES:TS:1993:4209) y de 6 de febrero de 1995 (P. Pedro González Poveda, ECLI:ES:TS:1995:546); de 29 de julio de 1998 (P. Román García Varela, ECLI:ES:TS:1998:5040); de 23 de diciembre de 1999 (P. Xavier O'Callaghan Muñoz, ECLI:ES:TS:1999:8419), con cita de la de 14 de junio de 1999 (P. Xavier O'Callaghan Muñoz, ECLI:ES:TS:1999:4184); o de 24 de mayo de 2013 (P. Javier Arroyo Fiestas, ECLI:ES:TS:2013:2603).

una de cuyas secuelas puede ser la invalidez permanente del asegurado. Dice literalmente el TS que «lo importante es la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas; no la fecha en que se manifiesten estas, ni mucho menos la de su constatación administrativa o médica (...); «así lo afirma la jurisprudencia civil que distingue claramente entre el accidente, como *riesgo asegurado*, y el daño derivado del mismo». La fecha relevante es, por tanto, la del accidente; claro que es necesario que una de las secuelas del accidente sea la declaración oficial de invalidez permanente, pero no importa si ésta es posterior al diagnóstico.

Los dos criterios jurisprudenciales expuestos son contradictorios, por lo que había un interés casacional claro en unificarlos. Consciente de ello, la Sala Civil del TS, en la línea de lo que ya había hecho la Sala Social, decide y confirma que, *en materia de seguro de accidentes*, hay que estar al segundo de los criterios expuestos (momento del accidente), y ofrece como razones que, de optar por la primera opción, esta conduciría a resultados poco deseables.

«1.º Se aplicaría un régimen distinto en materia de intereses de demora en el seguro de accidentes y en el de responsabilidad civil. (...) 2.º Cuanto más grave sea el resultado del accidente, más tardará en declararse la incapacidad y más se diferirá en el tiempo el inicio del devengo de intereses. 3.º Hay una evidente contradicción entre el rigor aplicado en la jurisprudencia de esta Sala a los casos de exoneración del artículo 20.8 LCS y la aplicación de intereses en el seguro de accidentes. 4.º La interpretación que mantiene el primer grupo de sentencias citadas en el recurso favorece a la aseguradora pasiva que, frente a una comunicación de un siniestro, no hace nada hasta que se le remite la declaración de incapacidad, lo que es difícilmente compatible con el cumplimiento del fin de se asigna a la obligación de la aseguradora de hacer una oferta motivada y con la propia finalidad del interés de demora del artículo 20 LCS y las demás exigencias de la ley, como la expresada en el artículo 16. (...) Las sentencias que aplican el criterio contrario (el momento determinante del siniestro cubierto es el de declaración de la invalidez permanente) no explican las razones de esta diferencia, más allá de una referencia genérica al diferente origen –contractual o extracontractual– de una y otra responsabilidad.»

Por lo tanto, una vez producido el accidente generador de la invalidez que está cubierta por un seguro de accidentes, habrá que estar a la fecha del accidente. Este es el criterio que mantenía la Sala Social, y el que se compromete a adoptar (la sentencia es de Pleno) la Sala Civil a partir de esa sentencia.

3. LA ENFERMEDAD COMÚN NO ES UN ACCIDENTE (STS 2746/2010, SALA SOCIAL, DE 14 DE ABRIL, P. FERNANDO SALINAS MOLINA, ECLI:ES:TS:2010:2746)

Veamos ahora qué ocurre cuando la invalidez es producida, no por un accidente, sino por una enfermedad común. En la sentencia comentada en estas líneas (de 31 de enero de 2023), la Sala Civil se pregunta por el criterio de la Sala Social y, para poder conocerlo y armonizarse con él, analiza la STS 2746/2010, Sala Social, de 14 de abril (P. Fernando Salinas García, ECLI:ES:TS:2010:2746).

Esta sentencia, dictada para unificación de doctrina en la materia, reconoce que, para saber quién ha de hacerse cargo de la prestación, es fundamental determinar el momento del siniestro. La cuestión ya está unificada para los seguros de accidentes, donde tanto la Sala Social como la Sala Civil se decantan por la fecha del accidente. Pero ¿qué ocurre cuando la invalidez proviene, no de accidente, sino de enfermedad común?

No tiene mucho sentido decir, por pura emulación, que habrá que estar al momento de la enfermedad. La propia sentencia mencionada dice que «la misma solución (estar a la fecha del accidente) no puede extenderse a los riesgos derivados de enfermedad común, (...) *dada la dificultad de fijar el momento en que se inicia de forma transcendente la situación de enfermedad común*». Esta «presenta más dificultades de determinación temporal que el accidente –laboral o no– (...). El carácter más difuso de la enfermedad complica los problemas de inclusión del siniestro en el ámbito de la cobertura». Todo ello hace fracasar el criterio establecido para los accidentes.

Sin embargo, lo anterior no nos lleva al otro criterio (fecha de la declaración oficial) sin más. Según la Sala, «debe reiterarse en los supuestos de mejoras voluntarias derivadas de enfermedad común *la doctrina tradicional* que se refleja, entre otras muchas³, en la

³ SSTs 26 de noviembre de 1991, Sala Social (P. Víctor Eladio Fuentes López, ECLI:ES:TS:1991:6620); de 3 de abril de 1992, Sala Social (P. Julio Sánchez Morales de Castilla, ECLI:ES:TS:1992:2935); de 27 de mayo de 1992, Sala Social (P. Aurelio Desdentado Bonete, ECLI:ES:TS:1992:4255); de 22 de abril de 1993, Sala Social (P. Antonio Martín Valverde, ECLI:ES:TS:1993:2551), que plantea un supuesto que se repite mucho: «la cuestión que plantea el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, suscitada en el contexto de un seguro de grupo concertado por una empresa en beneficio de sus empleados, es la de cuál es la entidad aseguradora responsable de prestaciones complementarias de invalidez permanente en el supuesto de que se hayan sucedido en el aseguramiento de tal contingencia dos aseguradoras distintas, habiendo aparecido el agente lesivo durante la vigencia de la póliza de una de ellas, pero habiéndose declarado la situación de invalidez o lesión invalidante ya en curso el contrato de seguro de la otra»; de 20 de abril de 1994, Sala Social (P. Antonio Martín Valverde, ECLI:ES:TS:1994:2663); de 23 de octubre de 1995, Sala Social (P. José Antonio Somalo

STS 3901/2007, de 30 de abril, de lo Social» (P. Luis Fernando de Castro Fernández, ECLI:ES:TS:2007:3901), que establece:

a) para determinar el momento en el que se establece el siniestro y, por tanto, la extensión de la cobertura del seguro, habrá que estar, como regla, a la fecha del dictamen del EVI o de la UVAMI; y

b) como excepción, la fecha del siniestro podrá retrotraerse al momento real en el que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles.

La *doctrina tradicional* no da un solo criterio, sino dos, dependiendo de que nos hallemos ante un caso de regla general, o de excepción. La distinción se justifica porque en algunos casos se puede predecir de forma definitiva la enfermedad antes de que la invalidez derivada de ésta sea oficialmente declarada. En tales casos, no es decisivo que la invalidez haya sido calificada, sino que la enfermedad común de la que esta deriva haya sido conocida como irreversible. Lo decisivo es que la enfermedad haya sido diagnosticada en una fecha anterior.

En el caso que conocía la citada STS 3901/2007, Sala Social, de 30 de abril, el trabajador pedía a la aseguradora que cumpliera el contrato de seguro que estaba en vigor cuando le fue diagnosticado el adenocarcinoma de recto, que le provocó una intervención quirúrgica y varias sesiones –cuatro ciclos– de quimioterapia. La demandada se opuso alegando que, de tener en cuenta el momento en que el trabajador (asegurado) fue dado de alta con la propuesta de Invalidez Permanente (24 de enero de 2004), o el momento del informe-propuesta del EVI (29 de abril de 2004), o el momento en que fue finalmente declarada la invalidez permanente (IPA) por resolución del INSS (3 de octubre de 2004), hacía tiempo que el contrato de seguro se encontraba extinguido entre las partes (desde el 1 de septiembre de 2003). Según la sentencia, para determinar el tiempo en el que acontecen las enfermedades comunes (en ausencia de normativa específica –como en el caso–, y para determinar una fecha del siniestro en caso de mejora voluntaria –y así saber si debe pagarse o no, como en el caso–) ha de acudirse a la correspondiente norma sobre prestaciones obligatorias de la Seguridad Social, que fija aquélla en *la fecha del dictamen del EVI*. Entre las numerosas razones que da para mantener esta opinión, destacan la 4.^a: «la experiencia de que las secuelas resultantes de una dolencia o de un hecho lesivo no están por regla general predeterminadas en el momento de su acaecimiento, sino que dependen de múltiples factores de desarrollo incierto»; y la 5.^a: «la fijación temporal del

Giménez, ECLI:ES:TS:1995:5234); de 28 de enero de 1997, Sala Social (P. José María Marín Correa, ECLI:ES:TS:1997:461); de 12 de febrero de 1998, Sala Social (P. Miguel Ángel Campos Alonso, ECLI:ES:TS:1998:908); de 2 de febrero de 1999, Sala Social (P. Manuel Iglesias Cabrero, ECLI:ES:TS:1999:571), entre otras muchas.

hecho causante en el momento de la declaración de la IP en el sentido indicado es sin duda la que aporta mayor seguridad en el tráfico jurídico, permitiendo atribuir con certidumbre las responsabilidades de prestaciones complementarias de la SS asumidas, e identificar también con facilidad a los empresarios o entidades aseguradoras responsables, criterio que sirve en muchas sentencias que nos allí narradas».

Ahora bien, la sentencia continúa afirmando que, en algunos supuestos excepcionales, el diagnóstico de la enfermedad permite predecir que el trabajador se verá afectado por una IPA. De acuerdo con esta realidad, la Sala afirma que la fecha del dictamen del EVI no puede ser en todos los casos la que determine el siniestro, pues lo decisivo no es la declaración formal, sino el momento en que la enfermedad invalidante se manifieste como definitiva⁴. En tal caso, el siniestro se retrotraería al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles, criterio –dice la sentencia– que atiende a la «realidad» del proceso patológico y no tanto al plano «formal» administrativo, que es el seguido por otras muchas sentencias⁵, y es el criterio general cuando no esté justificada la excepción.

En el caso, se da un supuesto excepcional «porque los hechos declarados probados nos sitúan ante una patología (carcinoma de recto), cuyo tratamiento radiológico, quimioterápico y quirúrgico había finalizado con mucha antelación a la fecha en que concluyó la vigencia de la póliza de aseguramiento (01/09/03)», lo que evidencia que el diagnóstico era definitivo.

⁴ El criterio se inicia con la STS de 13 de febrero de 1987, Sala Social (P. José Moreno Moreno, ECLI:ES:TS:1987:984), y se reitera en numerosas ocasiones: SSTS de 25 de junio de 1987, Sala Social (P. Arturo Fernández López, ECLI:ES:TS:1987:4451); 15 de febrero de 1988, Sala Social (P. Juan Muñoz Campos, ECLI:ES:TS:1988:966); 8 de octubre de 1991, Sala Social (P. Enrique Álvarez Cruz, ECLI:ES:TS:1991:5207); o 21 de enero de 1993, Sala Social (P. Arturo Fernández López, ECLI:ES:TS:1993:76), en las que el siniestro no tiene lugar en la fecha del dictamen de la UVAMI –que se establece como norma general en esta materia de incapacidad–, sino que se retrotrae al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles.

⁵ La STS 9 de diciembre de 1999, Sala Social (P. Aurelio Desdentado Bonete, ECLI:ES:TS:1999:7818), sobre mejoras en las prestaciones de la Seguridad Social, se remite a la doctrina de la que parte la STS 20 de abril de 1994, Sala Social (P. Antonio Martín Valverde, ECLI:ES:TS:1994:2663), con cita las SSTS de 25 de abril de 1994, 22 de abril de 1994, 20 de abril de 1994, 21 de septiembre de 1994, 24 de octubre de 1994, 19 de diciembre de 1994, 23 de junio de 1995, 13 de julio de 1995 y 23 de octubre de 1995, todas ellas referidas a trabajadores con contrato extinguido en la fecha de la declaración; la STS de 17 de julio de 2000, Sala Social (P. Jesús González Peña, ECLI:ES:TS:2000:5908), que recoge el criterio de la Sala (expresado también en la STC 116/1991, 23 de mayo), afirma que el siniestro debe situarse en la fecha del dictamen de la Unidad de Valoración Médica «a no ser en los que el carácter definitivo o irreversible de la lesión conste en un momento anterior»; la STS de 28 de junio de 2006, Sala Social (P. José Luis Gilolmo López, ECLI:ES:TS:2006:4637) y, finalmente, la de 14 de noviembre de 2006, Sala Social (P. Antonio Martín Valverde, ECLI:ES:TS:2006:7681), que tratando sobre la fecha controvertida destaca la supremacía del carácter definitivo e irreversible de la lesión incapacitante o invalidante en un momento anterior respecto de la fecha del dictamen-propuesta: «el informe médico y el dictamen-propuesta tienen un valor “declarativo” y no “constitutivo” del derecho a las prestaciones de incapacidad permanente».

Con todo, la STS 2746/2010, Sala Social, de 14 de abril, P. Fernando Salinas Molina (ECLI:ES:TS:2010:2746), que unificó doctrina, contó con un numeroso voto particular, en la línea de que el derecho sustantivo no tiene por qué plegarse –a través del artículo 3 CC– al derecho de la Seguridad Social, que tiene otra razón de ser.

4. **LA STS 195/2023, SALA CIVIL, DE 31 DE ENERO, P. PEDRO JOSÉ VELA TORRES (ECLI:ES:TS:2023:195). MARCO GENERAL**

4.1 EL SUPUESTO DE HECHO

En el contexto de un préstamo hipotecario que le liga con la otra beneficiaria del seguro –Caja Granada, que había prestado con garantía hipotecaria–, D. Amador mantuvo con Caja Granada Vida Compañía de Seguros y Reaseguros SA (a partir de ahora, Caja Granada Vida) una relación contractual –contrato de seguro– desde el 25 de febrero de 2009 hasta el 25 de octubre de 2014.

El contrato cubría los supuestos de muerte e invalidez. La cláusula referida a esta última decía así:

«Se entenderá que la fecha de ocurrencia de la invalidez coincide con la fecha que se establezca por el organismo público o entidad de previsión alternativa, en el documento acreditativo de la invalidez, que determine el derecho al cobro de una pensión a favor del Asegurado.»

Aparecía como primer beneficiario la Caja de Granada (el prestamista), y como segundo beneficiario, don Anselmo (el prestatario).

El 25 de agosto de 2014, estando en vigor todavía el contrato de seguro, don Amador fue dado de baja laboral por un periodo inicial de doce meses, debido a una enfermedad común. El 4 de septiembre de ese mismo año, 2014, don Amador fue hospitalizado por sospecha de leucemia, y en esa misma fecha se le diagnosticó una *leucemia aguda linfoblástica Proto-T*. Este diagnóstico ya no cambió en adelante, tanto con el seguro vigente como con el seguro extinguido; no lo hizo en ninguna de las bajas temporales sucesivas ni en la declaración de invalidez permanente: leucemia grave sin remisión. La declaración oficial de la invalidez a cargo del INSS no llegó hasta el 16 de marzo de 2016, cuando hacía tiempo que el contrato no se encontraba ya en vigor entre las partes, tras el Examen-Propuesta del EVI realizado el 24 de febrero de 2016, con el mismo diagnóstico: leucemia grave e irreversible, sin curación.

Don Amador demanda a Caja Granada Vida para que esta cumpla en virtud de lo previsto en el contrato (y le pague los 41.158,24 euros), más los intereses del artículo 20 LCS, que era la indemnización prevista en la póliza para el caso de invalidez permanente no satisfecha.

En Primera Instancia la demanda es estimada, si bien no se conceden los intereses del artículo 20 LCS sino desde la demanda. La idea principal de la sentencia es que el día en que debe considerarse realizado el siniestro es el de la baja laboral. La cláusula que ligaba la fecha de la invalidez con la declaración oficial de ésta por el INSS, la rechazó diciendo que la consideración de si se ha producido o no el siniestro no puede dejarse a la eficacia o rapidez en la tramitación por el organismo público. Como esto no puede ser así, interpreta la cláusula en el sentido de que la declaración oficial de invalidez permanente derivada de la enfermedad es necesaria, pero si ésta se encontraba previamente diagnosticada, lo decisivo es que esté acreditada, no la fecha en la que es declarada oficialmente. Como la enfermedad se había manifestado estando vigente el contrato, la aseguradora tenía que cumplir.

La Audiencia Provincial fue de la misma opinión: la enfermedad que determinó la posterior declaración de invalidez permanente se manifestó indubitadamente durante la vigencia del contrato de seguro, luego estaba cubierta.

La aseguradora recurre esta sentencia, alegando lo que nadie discute: en el contrato hay una cláusula en forma de condición general que es clara al determinar que la fecha de la invalidez es la de su declaración oficial por el organismo competente, lo que no ha sido respetado por la sentencia recurrida. A pesar de ello, el TS desestima el recurso, y aprovecha la ocasión para aclarar que, si para cubrir el supuesto, se le pide al contrato que esté vigente en el momento de la declaración oficial, o si basta con que esté vigente en el momento en que la enfermedad deviene definitiva: como regla, el siniestro llegará con ocasión de la declaración oficial de la invalidez; como excepción, *se retrotraerá* hasta el momento en que ha habido un diagnóstico definitivo (irreversible) de la enfermedad que provoca la posterior declaración de invalidez.

4.2 SIN PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA (STS 356/2021, SALA CIVIL, DE 8 DE FEBRERO, P. FRANCISCO MARÍN CASTÁN, ECLI:ES:TS:2021:356)

La STS 356/2021, Sala Civil, de 8 de febrero era el precedente más cercano de cláusula que determina el momento en que debe

considerarse acontecido el siniestro (invalidéz), pero, como se verá, el problema jurídico era distinto. Aquí la controversia en casación se centraba en la interpretación de la cláusula que definía el riesgo de invalidéz; en concreto, el recurrente (en su momento demandante) se quejaba de que la cláusula era oscura y la interpretación de la Audiencia Provincial no era *contra proferentem* (art. 1288 CC), esto es, no era contraria a aquél que había causado la oscuridad al prerredactar la cláusula. El demandante y recurrente en casación sostuvo desde el principio que la falta de claridad de una cláusula de la póliza (en concreto, de la que define el riesgo) no podía utilizarse en contra del asegurado/no predisponente (*ex art. 1288 CC*); en consecuencia, el siniestro quedaba determinado por el diagnóstico indubitado de la enfermedad invalidante, lo que ocurría estando el contrato de seguro en vigor, por lo que pedía su cumplimiento.

Según las condiciones generales de la póliza, la cobertura del riesgo de invalidéz quedaba así definido:

Si la Invalidéz por cualquier causa «es la situación física irreversible y consolidada del Asegurado provocada por cualquier causa que le incapacita para mantener cualquier relación laboral o actividad profesional», la Invalidéz «Irreversible y consolidada» será «la situación proveniente de lesiones físicas, psíquicas o fisiológicas cualquiera que sea la causa, *siempre que el diagnóstico de esa situación sea considerado irrecuperable por los peritos médicos. Igualmente, se considerará Invalidéz el dictamen por el Organismo competente de una invalidéz permanente.*»

La sentencia recurrida considera que, puesto que se trataba de un seguro de vida que cubría también la invalidéz, la jurisprudencia aplicable a esta modalidad de seguro era la que da relevancia a la invalidéz *declarada oficialmente*, no a la existencia de enfermedad invalidante; y esto es precisamente lo que hacía la cláusula controvertida. Si en el momento en que se declaraba oficialmente la invalidéz ya se había extinguido la relación contractual entre las partes, no había cobertura del supuesto por parte del contrato.

Según el TS, el asegurado/demandante había planteado correctamente la cuestión al citar como infringido el artículo 1288 CC y la jurisprudencia que lo interpreta. En su opinión, la interpretación realizada por la sentencia recurrida sí se podía considerar hecha a favor de quien la había redactado, y que «no era imprescindible la declaración administrativa de invalidéz para que se entendiera producido el siniestro, ya que bastaba con el diagnóstico de su enfermedad como irreversible». La situación ya

era «consolidada e irreversible» en julio de 2013, esto es, «antes del impago de uno de los dos recibos, que no se produjo hasta diciembre de ese mismo año», de forma que el contrato estaba en vigor. Así, el «igualmente» de la última frase de la definición de invalidez en la cláusula no podía entenderse como que «el dictamen por el organismo competente» fuese siempre preceptivo para toda invalidez (interpretación que podía considerarse realizada en contra del asegurado no predisponente), «como si el párrafo anterior fuera irrelevante»; «muy al contrario y conforme a la jurisprudencia de esta Sala sobre el artículo 1288 CC», ese dictamen solo era una posible forma de determinar la cobertura «ya establecida en el párrafo anterior y fundada *no en el dictamen del Organismo competente sino en el diagnóstico de la enfermedad como “irrecuperable”*».

4.3 EL PLANTEAMIENTO DE LA SOLUCIÓN

Si en materia de accidentes la Sala Civil ya se había ocupado de unificar criterios con la Sala de lo Social, no ocurría lo mismo con la invalidez que resultaba de una enfermedad común.

Como hemos visto en la STS 2746/2010, Sala Social, de 14 de abril (P. Fernando Salinas Molina, ECLI:ES:TS:2010:2746, que se apoya, entre otras, en la sentencia 3901/2007, Sala Social, de 30 de abril de 2007, P. Luis Fernando de Castro Fernández, ECLI:ES:TS:2007:3901), la «doctrina tradicional» de la Sala Tercera distingue entre «regla general» y «excepción» para determinar el momento que se determina del siniestro: como regla, hay que estar a la fecha de la declaración oficial de la invalidez a cargo del EVI; como excepción, hay que retrotraerse a la fecha en la que el diagnóstico de la enfermedad es definitivo.

Este planteamiento le sirve a la Sala Civil para defender que ambas soluciones, siendo incompatibles, son igualmente válidas, cada una en su ámbito. Así, no puede considerarse que la jurisprudencia citada por la demandante haya sido vulnerada; más bien, se trata de una jurisprudencia que adopta la regla general. En un caso de excepción, la solución es necesariamente diferente. Claro que, ¿cómo saber si nos encontramos ante un caso de regla general o de excepción? Parecería que la regla general es más prudente, pues parte de que las consecuencias de la enfermedad no son predecibles, o al menos, definitivas. También veíamos que, en términos generales, es más segura. La excepción, sin embargo, se reconoce como tal precisamente porque es más justa.

Además, está el propio contrato. Aunque no haya verdadera autonomía en un caso de prerredacción de condiciones generales, ¿no puede predeterminarse una cláusula que diga que el siniestro se determinará por su declaración oficial, esto es, que mantenga la regla general?

Finalmente, está el asunto de la legitimación activa del beneficiario «segundo», el prestatario, con respecto a la cantidad que ha de servir, en primer lugar, al cumplimiento del préstamo, y que por tanto ha de ser para el beneficiario «primero», el prestamista. La cuestión es menor, puesto que ya había sido resuelta y no plantea ninguna novedad.

5. LA SOLUCIÓN A LA QUE LLEGA LA STS 195/2023, SALA CIVIL, DE 31 DE ENERO, P. PEDRO JOSÉ VELA TORRES (ECLI:ES:TS:2023:195): UNIFICACIÓN DE DOCTRINA CON LA SALA DE LO SOCIAL

De manera expresa, dice el TS en el Fundamento de Derecho Tercero, ordinal 5.º, que «[d]el mismo modo que en su día consideramos procedente coordinar la jurisprudencia de esta sala en materia de fecha del siniestro en el seguro de accidentes con la de la sala de lo social de este Tribunal Supremo (sentencia de pleno 736/2016, de 21 de diciembre), ahora consideramos procedente igualmente llevar a cabo la misma coordinación respecto de la fecha del siniestro en el seguro de invalidez o incapacidad permanente». Y concluye: «[p]or lo que debemos hacer nuestras las mismas conclusiones sobre regla general y excepción, expuestas en el apartado, que además, no solo no se oponen a los pronunciamientos previos de esta Sala, sino que la regla general coincide con las conclusiones de las sentencias 372/1996, Sala Civil, de 16 de mayo (P. Francisco Morales Morales, ECLI:ES:TS:1996:2940), y 100/2011, Sala Civil, de 2 de marzo (P. Francisco Marín Castán, ECLI:ES:TS:2011:1245)» (sentencias alegadas por la demandante), «y la excepción con la admisibilidad de tal circunstancia contemplada en la sentencia 60/2021, Sala Civil, de 8 de febrero (P. Francisco Marín Castán, ECLI:ES:TS:2021:356)». La finalidad de su postura es, por tanto, clara: unificar doctrina con Sala Social. Para hacerlo, se distingue entre regla general y la excepción. Aquella se remite a la fecha de la declaración oficial; ésta, a la enfermedad, siempre que sea la causante de la invalidez permanente y se considere permanente e irreversible.

5.1 CUÁNDO ESTAMOS ANTE UN CASO DE «EXCEPCIÓN»

El criterio determinado por la doctrina jurisprudencial, en defecto de negociación entre las partes, es que habrá que estar a la fecha de declaración oficial de la invalidez permanente por parte de la autoridad competente. Esta es la regla general, y el criterio por el que opta la cláusula. Con otras palabras, el contrato adopta en condiciones generales eso que hemos denominado «regla general», según la cual, hay que estar a la fecha de la declaración oficial de invalidez como fecha del siniestro. Pero la misma jurisprudencia reconoce que hay excepciones a esta regla.

No se dice nada nuevo al mencionar que habría que distinguir entre enfermedades e incapacidades; algunas de aquellas no permiten predecir si finalmente tendrá lugar una declaración oficial de invalidez, o si ésta será transitoria o definitiva. Otras permiten predecir esta circunstancia desde que se diagnostican por primera vez, o a partir de determinado momento en el que se muestran como irreversibles. Se entiende que sólo la declaración oficial de invalidez ofrezca la seguridad que se busca, por ejemplo, en el caso de reconocimiento de una pensión pública; pero se entiende también que, en ciertos casos, hay plena seguridad en que la enfermedad ha acarreado o acarreará la correspondiente invalidez, aunque esta no haya sido aún declarada. En tal caso, ofende al sentido de la justicia el que ciertas prestaciones se hagan depender de su declaración formal, especialmente cuando en el momento de la declaración oficial ya no hay contrato.

Hay que reconocer que en muchos casos no se planteará el problema, especialmente cuando el contrato de seguro continúe vigente en el momento de declaración oficial de la invalidez. Pero si el contrato, que está vigente cuando la enfermedad es diagnosticada, se extingue antes de que se haya producido la declaración, ¿damos por no cubierta la enfermedad? O cuando una aseguradora sucede a otra, ¿cuál de ellas –la vigente en el momento en el que se diagnostica la enfermedad o su sucesora, vigente cuando se hizo la declaración oficial– se hace cargo de dicha invalidez?

La solución que se adopta tiene en cuenta estos elementos:

- el contrato está vigente cuando la enfermedad se diagnostica, pero se ha extinguido cuando la invalidez se declara;
- la enfermedad es causa de la invalidez; y
- la enfermedad es diagnosticada de forma definitiva.

En el caso de la STS de 31 de enero de 2023, por ejemplo, el diagnóstico definitivo puede fijarse el 4 de septiembre de 2014, pues ya no se modifica, y sigue siendo el mismo el 24 de febrero de 2016, cuando el EVI declara la invalidez permanente del trabajador asegurado. Lo importante es que haya un diagnóstico definitivo, irreversible y anterior a la declaración; si ese es el caso, parece justo que la fecha relevante sea la de aquél.

Si se dan estos requisitos, nos encontramos ante un caso de excepción. El propio TS lo explica así: con la Sala Social, «acogemos el recurso, porque los hechos declarados probados nos sitúan ante una patología» que ya era definitiva mucho antes de que se produzca la declaración de la invalidez. Si desde entonces no hay ninguna alteración de la patología de base sufrida, el que se declare unos cuantos meses después no responde al hecho de que hubiese cierta incertidumbre sobre la existencia de las secuelas que dan lugar a la invalidez, y por ello, el siniestro podía retrotraerse hasta ese momento en el que el diagnóstico se da por indubitado (STS 3901/2007, de 30 de abril de 2007, Sala Social, P. Luis Fernando de Castro Fernández, ECLI:ES:TS:2007:3901, ya citada).

A la enfermedad se le pide que sea la verdadera causante de la invalidez, y que sea definitiva, en el sentido de que cuente con un diagnóstico que las sentencias suelen considerar como irreversible. En tal caso, nos hallamos ante una «excepción», y el siniestro (y la cobertura de la invalidez) se produce con el diagnóstico, no con la declaración oficial. Probablemente, es más fácil que el supuesto se considere excepcional si la fecha de la declaración llega notablemente más tarde que la del diagnóstico, y no se da una explicación que justifique esa tardanza, que solo cabrá atribuir a la propia diligencia del organismo, o a otras circunstancias externas al supuesto. «Lo decisivo es el momento en que las dolencias aparecen fijadas como definitivas e invalidantes» (STS 2746/2010, Sala Social, de 14 de abril, P. Fernando Salinas Molina, ECLI:ES:TS:2010:2746); y ese momento es claramente anterior a la declaración oficial.

5.2 LA CLÁUSULA ES LIMITATIVA DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO

En el caso comentado, es el propio contrato el que dispone, en una condición general predispuesta, que el ámbito temporal de la cobertura será el que hemos considerado como «regla general»: la fecha del siniestro será la fecha en que se declare oficialmente la invalidez permanente.

Como queda dicho, queda fuera de toda duda el que las partes hubieran podido *negociar* este u otro criterio. En el caso, la regla no ha sido negociada sino prerredactada por la autora de las condiciones generales, en concreto, la aseguradora. La ortodoxia de la prerredacción de condiciones generales nos dice que éstas pueden prerredactarse por una parte, siempre que su contenido sea el mismo, o no diste mucho, del Derecho dispositivo, o haya una explicación suficiente sobre el apartamiento respecto de éste. Pero ¿qué dice en este caso el Derecho dispositivo? En ausencia de norma legal dispositiva aplicable, encontramos el criterio jurisprudencial que distingue entre «regla general» y «excepción»: la determinación del momento del siniestro será la de la declaración oficial de la invalidez permanente, *salvo* que derive de una enfermedad común, y ésta pueda retrotraerse hasta el momento en que se manifiesta de forma irreversible. Esto puede ocurrir porque ha sido objeto de un diagnóstico expreso, o porque el tratamiento que se ha puesto solo puede responder a la existencia tácita de dicha enfermedad.

En caso de «excepción», el asegurado puede legítimamente esperar que su contrato cubrirá su enfermedad si ésta se diagnostica de forma definitiva estando aún vigente el contrato, o por haberse comenzado un tratamiento que solo se explica por dicha enfermedad, o por «algo» que evidencie que tal diagnóstico existe. A la enfermedad se le pide que sea la causa de la invalidez permanente, y al diagnóstico que sea el mismo –y definitivo– hasta que la invalidez se declare oficialmente.

Con todo, es normal que surja la duda: la cláusula que en condiciones generales establece que el momento del siniestro es el de la declaración oficial de invalidez, ¿es una cláusula lesiva, y por ello nula? ¿es una cláusula limitativa de un derecho del asegurado, luego sujeta a lo dispuesto en el artículo 3.1 *in fine* LCS? ¿o es una cláusula meramente delimitadora del derecho de éste, que algunos autores explican como predisponible pero que la jurisprudencia suele someter al mismo régimen que a las limitativas?⁶

Hay que decir que el TS apenas invierte un párrafo en considerar que se trata de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, y que, como tal, solo hubiese podido incorporarse al contrato reuniendo los requisitos del artículo 3.1 *in fine* LCS. En el Fundamento de Derecho Tercero, ordinal 7.º, se dice: «Como quiera que la cláusula contractual que fijaba la fecha del siniestro

⁶ BASOZABAL ARRUE, 2003, pp. 87 ss.; PAGADOR LÓPEZ, 1986, núm. 87, pp. 93 ss.; SÁNCHEZ CALERO, 1984, pp. 57 ss.; SÁNCHEZ CALERO, 1999, pp. 79 ss., y VEIGA COPO, 2020, artículo 3.

excluía la posibilidad de que la misma pudiera ser anterior a la de las resoluciones administrativas (en particular, el dictamen del EVI), (...) debe considerarse limitativa de los derechos del asegurado. Por lo que, al no reunir los requisitos del artículo 3 LCS (no aparece resaltada en la póliza ni consta aceptada expresamente), resulta inoponible al asegurado. De modo que la interpretación contractual realizada en la instancia ha de considerarse ajustada a Derecho».

La condición excluye la retroacción y, al hacerlo, va en contra del criterio jurisprudencial que permite retrotraer el momento del siniestro, en caso de «excepción», hasta «la fecha en que el diagnóstico de la enfermedad común se hace definitivo». La cláusula lo descarta, por lo que debe considerarse limitativa de los derechos del asegurado. Éste tiene una legítima expectativa a esperar –conforme al criterio jurisprudencial aplicable– que su enfermedad quedará cubierta, *si en el momento de realizarse el diagnóstico irreversible el contrato está en vigor*. Claro que sería posible hacer depender la cobertura de una fecha posterior a la del diagnóstico definitivo de la enfermedad, o excluir ésta de la posible retroacción, pero cualquiera de estas acciones debería haberse *negociado*, no prerredactado como condición general. La cláusula que así limitase la situación del asegurado, debe seguir la suerte de las demás condiciones limitativas y, si se quiere que forme parte del contrato, ser aceptada expresamente por el asegurado.

En un supuesto de «excepción», la «regla general» es «limitativa del derecho del asegurado» a que se aplique el criterio jurisprudencial. La exclusión de retroacción es siempre desfavorable para el enfermo, pues de este modo se limita su legítima esperanza. Todo depende, por tanto, de que nos encontremos en un caso de excepción, pero una vez se haya justificado ésta, la enfermedad quedará cubierta si el diagnóstico definitivo llega estando en vigor el contrato de seguro.

Por lo que hemos podido indagar, sin afán de exhaustividad, no parece haya tipos de enfermedad que se presenten como idóneos para causar la excepción. Luego habrá que determinarlo caso por caso.

5.3 LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

En cuanto a la posible falta de legitimación activa por quien sólo es el beneficiario «segundo» para cobrar el total de la suma asegurada y los eventuales intereses de demora, es tema que ya había sido objeto de decisión por el Alto Tribunal: el prestatario

(beneficiario «segundo») sí tiene legitimación activa. Ocurría, eso sí, que la sentencia recurrida no hacía siquiera referencia al primer beneficiario, por lo que sí vulneraba las previsiones legales sobre el orden de llamamientos en caso de pluralidad de beneficiarios.

Las SSTs 669/2014, Sala Civil, de 2 de diciembre (P. Ignacio Sancho Gargallo, ECLI:ES:TS:2014:5059), 222/2017, de 5 de abril (P. Francisco Marín Castán, ECLI:ES:TS:2017:1330) y 37/2019, de 21 de enero (P. Francisco Marín Castán, ECLI:ES:TS:2019:127) declararon la legitimación activa directa del prestatario, o de sus herederos, para reclamar a la aseguradora la indemnización pactada, y ello aunque el primer beneficiario fuese la entidad prestamista, y estuviese ésta más o menos relacionada con la demandada. Esto supone que, sin perjuicio de que en primer lugar deba pagarse al beneficiario primero lo que quedara por satisfacer del préstamo vinculado al seguro, con cargo a la suma asegurada, lo que reste se abonará al prestatario (beneficiario «segundo»), o a sus herederos⁷.

Ambos, prestamista y prestatario, tienen un interés compartido en cobrar la suma asegurada: el prestatario, en quedar liberado de su obligación de devolver el préstamo; el prestamista, en que se cumpla con lo que se acordó. Por ello, en primer lugar el prestamista/beneficiario «primero» debe cobrarse, con cargo a la suma asegurada, lo que quedara por pagar del préstamo, y solo si queda remanente, éste irá a parar al beneficiario «segundo», el prestamista.

6. RECAPITULACIÓN

El TS comienza por reconocer que la invalidez permanente tiene lugar, *como regla*, cuando se produce su declaración oficial. Así se admite en numerosas sentencias, en las que se dan las principales razones para mantener esa postura. Esto no impide que la jurisprudencia sea sensible a los casos, también frecuentes, en los que la invalidez permanente no proviene de un suceso accidental, sino de una enfermedad común, que ya estaba diagnosticada antes de ser laboralmente declarada.

La Sala Social venía explicando que se trataba de distinguir entre «regla general», para los primeros casos, y «excepción», para los segundos. En los primeros, el siniestro ocurre con la declaración oficial; en los segundos, con el diagnóstico definitivo de la enfermedad. La doble regla permite al TS resolver con mayor segu-

⁷ Como dice la STS de 5 de abril de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1330), no resulta jurídicamente explicable que «el banco no reclame a la aseguradora y decida seguir exigiendo el pago del capital pendiente a los prestatarios asegurados».

ridad los casos en los que, aunque hay contrato de seguro cuando la enfermedad común se diagnostica, se ha extinguido cuando la invalidez se declara oficialmente; o bien, cuando hay cambio de aseguradora.

Solo queda dar la bienvenida a las iniciativas que dan una visión unitaria del ordenamiento jurídico, aunque el Derecho consista básicamente en *distinguir* de forma razonable.

BIBLIOGRAFÍA

- BASOZABAL ARRUE, Xabier: «El artículo 76 LCS: una invitación a legislar», *Revista Española de Seguros*, núm. 113-114, 2003, pp. 87-115.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier: «Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro (en torno a los conceptos de “cláusula limitativa de los derechos del Asegurado”, “cláusula de carácter lesivo para el Asegurado” y “cláusula de delimitación del riesgo objeto de la cobertura”)», *Revista Española de Seguros*, 1996, núm. 87, pp. 83 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Comentario del artículo 3», en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial* (dir. por MOTOS y ALBALADEJO), XXIV-1.º, *Ley de Contrato de Seguro*, EDERSA, 1984, pp. 57-94.
- «Comentario del artículo 3», en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (dir. por F. SÁNCHEZ CALERO), Aranzadi, 1999, pp. 73-113.
- VEIGA COPO, Abel: *Comentarios prácticos a la Ley de Contrato de Seguro. A los 40 años de su promulgación, 1980-2020* (libro electrónico), Aranzadi-Thomson-Reuters, 2020.

Sobre el modo de organizar la posición de varios inversores desde el Derecho de sociedades. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil –Pleno–) 994/2022, de 22 de diciembre

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Valencia

RESUMEN

El presente trabajo analiza, al hilo de una reciente sentencia del Tribunal Supremo, las posibilidades que ofrece el Derecho de sociedades para organizar adecuadamente la inversión inmobiliaria. Frente al criterio mantenido en el fallo, que afirma la procedencia a tal efecto de la sociedad de inversión colectiva, en el trabajo se defiende la utilidad y plena licitud que a tal fin pueden tener las sociedades de capital ordinarias, mediante el oportuno despliegue de la autonomía de la voluntad, tanto en los estatutos como en los (posibles) pactos parasociales.

PALABRAS CLAVE

Inversión inmobiliaria, sociedades de capital, autonomía de la voluntad, pactos parasociales.

ABSTRACT

This paper analyses, in light of a recent Supreme Court ruling, the possibilities offered by company law for an adequate organization of real estate investments. In contrast to the criterion upheld in the Supreme Court's decision that collective investment companies are appropriate tools for this purpose, the paper supports the view that ordinary companies are both useful

and lawful alternatives to this end. This may be enabled by an appropriate deployment of party autonomy, both through the articles of association and shareholders' agreements.

KEYWORDS

Real estate investment, companies, party autonomy, shareholders' agreements.

SUMARIO: I. El acceso del inversor al Derecho de Sociedades (a modo de introducción). 1. Las posibilidades societarias generales. 2. El significado de las instituciones de inversión colectiva. 3. La temática de la sentencia en estudio.–II. Los hechos.–III. Doctrina de la sentencia.–IV. Comentario. 1. Consideraciones introductorias. 2. La perspectiva esencial en la sentencia 994/2022. 2.1 La reconducción, en clave societaria, de la petición contenida en la demanda. 2.2 El significado de la nulidad en el Derecho de sociedades. 2.3 La sociedad utilizada para canalizar la inversión. 2.4 Algunas vías imaginables para la protección del inversor en las sociedades REIS. 2.4.1 Premisa. 2.4.2 ¿Analogía con el procedimiento de fundación sucesiva? 2.4.3 El despliegue de la autonomía de la voluntad a través de los pactos parasociales.–V. Consideraciones finales.–Bibliografía.

I. EL ACCESO DEL INVERSOR AL DERECHO DE SOCIEDADES (A MODO DE INTRODUCCIÓN)

1. LAS POSIBILIDADES SOCIETARIAS GENERALES

Uno de los propósitos que cabe identificar en la larga y compleja historia del Derecho de sociedades, en particular por lo que se refiere a la formación de sus distintos tipos y modalidades, es el de dar cauce al mero inversor dentro de la correspondiente estructura societaria. Como su propio nombre indica, se trata de perfilar la posición jurídica de aquel sujeto que desea encontrar una colocación segura y rentable para su patrimonio, desinteresándose tanto de la realización del objeto social como de la labor organizativa y de gestión que requiere toda persona jurídica activa en la realidad económica como operador del mercado¹.

¹ Hablamos de «inversor», sin utilizar calificativo alguno, aunque resulta evidente la existencia en la realidad empresarial de supuestos diversos dentro de tan genérica categoría. Es el caso, con particular relieve en nuestro tiempo, de los llamados «inversores institucionales», cuyo relieve económico y significado jurídico, por lo común vinculado con su participación en las sociedades de mayor dimensión, viene atrayendo la atención de la doctrina desde hace tiempo. Entre la amplia bibliografía existente entre nosotros, cabe citar ahora la monografía de TRÍAS SAGNIER, 1998, o el estudio, igualmente relevante, de RONCERO, 1999, pp. 665-703.

Los caminos establecidos a tal fin han sido y son varios, como esa misma historia pone de manifiesto y confirma en bastantes ocasiones la realidad empresarial de nuestros días. Cabe hablar, en tal sentido, de la creación de tipos específicos concebidos con el propósito indicado, como puede ser la hoy prácticamente desaparecida sociedad comanditaria simple². En igual forma, es posible referirse a la especialización de figuras societarias clásicas (como es el caso de la sociedad anónima) a través de su conversión en sociedad cotizada. Resulta, asimismo, relevante el recurso a supuestos singulares, ajenos en sentido formal al ámbito societario, aunque especialmente idóneos para canalizar las aspiraciones del sujeto inversor (como sería el caso de las cuentas en participación³).

Al lado de estas figuras, donde el objetivo de facilitar la presencia del inversor, grande o pequeño, numeroso o individualizado, parece ser inherente al propósito práctico de las partes involucradas, no resulta ni mucho menos imposible utilizar tipos generales del Derecho de sociedades de capital (los más frecuentes, por otra parte, en nuestra realidad empresarial) con idéntica finalidad. A favor de este criterio, y sin perjuicio de las especialidades tipológicas tanto de la sociedad anónima, como de la sociedad de responsabilidad limitada, resulta posible alegar la esencial apertura de ambas figuras derivadas de su común condición de sociedades mercantiles por razón de la forma (art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, en adelante LSC), así como el amplio juego de la autonomía de la voluntad en ambas, sólo cir-

² Sin perjuicio de que también pueda hablarse, a los efectos que nos ocupan, de la sociedad comanditaria por acciones, desprovista, como la comanditaria simple, de cualquier significado en la realidad empresarial española, aunque deba ser catalogada como una sociedad de capital, y no de personas. En la actualidad, no se dispone de una regulación completa de la comanditaria por acciones, sin perjuicio de que se le pueda aplicar, con carácter supletorio, el régimen de la sociedad anónima (art. 3, 2.º LSC). Por tal circunstancia, resulta de utilidad la consulta de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1992, aun a pesar de referirse esta obra al régimen previgente. Sobre el relieve de las sociedades de personas en el momento presente, GIMENO RIBES, *ADC*, 2022, pp. 11-67.

³ Si aceptamos su caracterización como figura societaria de acuerdo con el concepto amplio de sociedad, tal y como ha sido formulado entre nosotros (cfr., GIRÓN TENA, 1976, pp. 25 ss., y sin perjuicio, claro está, de su regulación en el Derecho español, al margen del contrato de sociedad, tal y como se deduce de los artículos 239-243 C. de c. De acuerdo, por lo demás, con dicho concepto, frente al criterio estricto, representado entre nosotros, todavía, por los artículos 1665 CC y 116 C. de c., para identificar un fenómeno de la realidad jurídica como sociedad son necesarios únicamente dos requisitos: origen negocial y promoción de un fin común. Por tal motivo, las cuentas en participación podrían ser calificadas como auténtica sociedad, ya que la publicación del ente constituido, así como la asignación de un patrimonio o la pretensión de permanecer en el tráfico servirían únicamente para distinguir a la sociedad tomada en sentido estricto. Sobre las cuentas en participación, asumiendo su naturaleza societaria, véase, más recientemente, MARTÍNEZ BALMASEDA, 2011.

cunscrito por las leyes y por el impreciso límite de los respectivos principios configuradores (art. 28 LSC).

Esta brevísima semblanza, que requeriría, como es evidente, de numerosos matices y explicaciones complementarias, permite apreciar la frecuencia con la que el fenómeno inversor se vincula con el Derecho de sociedades. A pesar de la elementalidad de la exposición, resulta posible deducir de ella la existencia de dos posibilidades fundamentales a los efectos que ahora nos ocupan. De un lado, aquellos supuestos, como la sociedad comanditaria simple y las cuentas en participación, en los cuales la figura del inversor, debidamente individualizada, es valiosa en sí misma para la constitución y el desenvolvimiento de la sociedad; ello es así, aunque en el caso de las cuentas en participación dicho sujeto, en cuanto tal, no resulte perceptible desde el exterior, de acuerdo, por otra parte, con el hecho de que dicha figura, según el criterio doctrinal predominante, deba considerarse un ejemplo de sociedad interna u oculta.

De otro lado, hay que destacar el caso de la sociedad anónima cotizada, en el que la posición de inversor, por decirlo así, sería en principio fungible, dando igual uno que otro, sin perjuicio, claro está, del carácter ciertamente imprescindible de su aportación; ello es así, como es notorio, por el carácter masivo de la presencia de sujetos de tal condición en la indicada modalidad societaria⁴. No quiere decirse, de este modo, que todos los miembros de una sociedad cotizada tengan que ser considerados meramente socios inversores, aunque lo serán sin duda en su inmensa mayoría. Así, y frente al modelo, característico de los países anglosajones, de sociedades (cotizadas) de capital disperso, predominan entre nosotros las sociedades cotizadas de capital concentrado, gracias a la presencia en el accionariado de socios con una participación significativa y con un papel relevante respecto de la gestión de la sociedad y la realización de su objeto.

Más cerca de las primeras figuras, esencialmente cerradas, que de la última, naturalmente abierta, habría que situar, en fin, a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada constituidas para dar cabida entre sus socios a meros inversores, sin que su presencia responda en todos los supuestos a propósitos idénticos. En esas sociedades de capital, por las razones antes indicadas, esa

⁴ Sería posible afirmar, entonces, que en las dos primeras figuras se haría presente una suerte de *intuitus personae*, sin el cual no se hubiera llegado a constituir la correspondiente sociedad, siendo imprescindible su presencia para el funcionamiento de la misma. Otra cosa sucedería, en cambio, en las sociedades cotizadas, precisamente por lo indicado en el texto. Sobre el *intuitus personae* en el marco de las sociedades de personas, con posible extensión a las sociedades de capital cerradas, por muchos FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, pp. 350 ss.

integración puede revestir múltiples formas, en atención a los sujetos que posean tales condiciones y a sus circunstancias características desde el punto de vista, claro está, de la propia estructura societaria (número de socios inversores, entidad de su participación, vinculación o ajenidad de la inversión respecto del objeto social, etc.).

La heterogeneidad de las figuras societarias disponibles para dar entrada al sujeto inversor se reproduce también en el marco, realmente determinante, del modo de articular la finalidad de inversión en el seno de la concreta operación societaria. Si en el caso de las cuentas en participación o la sociedad comanditaria simple, la inversión y el o los sujetos que la representan resultan determinantes para la existencia misma de la sociedad y la realización de su objeto social, pudiéndose hablar, entonces, de una suerte de inversión-financiación, en otros casos, como el de la sociedad cotizada, tales sujetos asumen un papel no activo y, por regla general, escasamente relevante. Y todo ello, sin perjuicio, claro está, de multitud de supuestos intermedios, por lo común más frecuentes en el caso de que se hubiera constituido una sociedad anónima (no cotizada) o una sociedad de responsabilidad limitada como vehículo jurídico para organizar conjuntamente la presencia de distintos inversores en su seno.

2. EL SIGNIFICADO DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA

La relación entre el fenómeno inversor y el Derecho de sociedades adquiere una nueva y relevante tonalidad gracias al fenómeno de la inversión colectiva, traducido a precisos términos jurídicos entre nosotros a partir de la segunda mitad del pasado siglo. Con él, se alude a la creación de instrumentos diversos, unos dotados de personalidad jurídica, otros meros fondos patrimoniales, a los que se denomina, trayendo a colación ahora la terminología generalizada en nuestro ordenamiento, instituciones de inversión colectiva. Esta fórmula da título a la regulación fundamental de la materia en el Derecho español, merced, esencialmente, a la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, sin perjuicio, claro está, de la vigencia de muchas otras normas, por lo común de carácter complementario respecto de aquélla.

Lo singular de la inversión colectiva⁵, más allá de particulares detalles institucionales o de régimen jurídico, consiste, por tanto,

⁵ No entraremos a debatir ahora la conveniencia de fomentar la inversión colectiva, elemento justificador del régimen de las instituciones que ahora nos ocupan; es cierto, con todo, que a su través se hace posible la canalización de fondos disponibles de muchos

en que los vehículos creados al efecto se configuran como meros mecanismos organizativos al servicio de una finalidad exclusivamente inversora, que se supone común a los sujetos integrantes –por lo general, numerosos– de la respectiva institución de inversión colectiva⁶. Y si reducimos la pluralidad institucional en dicho ámbito a aquellos supuestos dotados de personalidad jurídica, por su concreta naturaleza societaria, observaremos que la actividad desarrollada por dichos entes, inserta de lleno en su objeto social, es precisamente la inversión, o, si se prefiere, la inversión sistemática y organizada. A su través, en consecuencia, se aspira a cumplir la finalidad lucrativa que como *causa societatis* se identifica tradicionalmente en nuestro ordenamiento con motivo de la regulación del contrato de sociedad (arts. 1665 CC y 116 C. de c.)⁷.

No es éste el lugar adecuado para afrontar la siempre compleja tarea de su análisis conceptual, refiriéndola en el caso presente a las instituciones de inversión colectiva y, dentro de ellas, con particular significado, a las sociedades constituidas al efecto. Resulta necesario señalar, con todo, que hasta la fecha esa tarea no ha traído consigo frutos particularmente relevantes en lo que atañe, pudiéramos decir, a su construcción dogmática; son más destacadas, aunque no demasiado frecuentes, las aportaciones dedicadas a perfilar y estudiar su concreto régimen jurídico.

potenciales inversores para la realización de objetivos productivos y empresariales. Resulta evidente, por ello, que mediante la conjunción de tales fondos se conseguirá formar un operador relevante en el mercado, tanto en relación con objetivos de inversión puramente financiera, como al margen de este ámbito específico, seguramente el más relevante en la práctica; sobre estas cuestiones, MARTÍNEZ-ALDAMA, 2021, pp. 809-831, especialmente, p. 811.

⁶ No todas las instituciones de inversión colectiva, al margen, ahora, de si se trata de sociedades dotadas de personalidad jurídica, o si consisten meramente en fondos patrimoniales, son idénticas en su configuración institucional y en el régimen de la inversión efectuada, en su caso. Hay que distinguir, como una subcategoría singular a las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, no demasiado lejanas de las entidades de capital-riesgo, y quizá idóneas para un círculo de inversores no demasiado extenso y con algunas vinculaciones previas; al respecto, BENJUMEA, 2021, pp. 1027-1049, así como, en la misma obra, el trabajo de TAPIA HERMIDA, pp. 1003-1025.

⁷ No conviene ignorar que la finalidad lucrativa, tradicionalmente presente, como se indica en el texto, en nuestro Derecho codificado, se enfrenta desde hace considerable tiempo a objeciones de diverso alcance. Desde luego, no resulta necesaria en el marco del concepto amplio de sociedad (véase *supra* nota 3), y tampoco parece imprescindible en el marco del principio de mercantilidad por razón de la forma, característico del Derecho español desde la aprobación de la Ley de régimen jurídico de las sociedades anónimas, de 17 de julio de 1951 (art. 3; en adelante LSA 1951). Por otra parte, y de manera mucho más reciente, la resolución de 17 de diciembre de 2020 «BOE» de 9 de enero de 2021) de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública lo ha reducido, de elemento esencial del contrato de sociedad, a mero elemento «natural», lo que elimina las dudas sobre la legitimidad institucional de las sociedades desprovistas de ánimo de lucro en el ordenamiento jurídico español. Con todo, y precisamente por ese carácter «natural», se hace presente el ánimo de lucro, de manera nítida y notoria, en el caso enjuiciado por la STS 994/2022.

Por lo expuesto, puede darse por generalizado, sin demasiadas referencias doctrinales que permitan confirmarlo, el recurso a la fórmula «sociedades especiales» como medio, ciertamente elemental y descomprometido, para caracterizar a las sociedades de inversión colectiva. Este calificativo, escasamente diferenciador, resulta aplicable, del mismo modo, a numerosas figuras societarias cuyo único nexo común no es otro que el de contar en su régimen jurídico con ciertas diferencias respecto del tipo (por lo común, la anónima) frente al cual aparecen singularizadas por el legislador⁸.

Tampoco procede en este momento analizar, siquiera sea de manera esquemática, el régimen jurídico de las instituciones de inversión colectiva⁹, tarea llevada a cabo por nuestra doctrina en el marco de una regulación afectada por reformas sucesivas, buena parte de las cuales encuentran su origen y su razón de ser en el Derecho de la Unión europea. En el ámbito europeo, puede hablarse, por tanto, de una cierta comunidad de principios entre los diversos Estados miembros de la Unión en lo tocante al tratamiento normativo de las figuras que ahora nos ocupan. Dentro de esos principios, debe destacarse, con todo, la protección del inversor, como idea regulativa fundamental sobre cuya base se articulan mecanismos y técnicas diversas siempre orientadas por esa finalidad tuitiva con especial afectación de la conducta de los encargados de dirigir y gestionar dichas entidades.

3. LA TEMÁTICA DE LA SENTENCIA EN ESTUDIO

Con este telón de fondo, tanto por lo que se refiere a la perspectiva societaria general, como en lo relativo a las instituciones de

⁸ Así, por ejemplo, BROSETA/MARTÍNEZ SANZ, 2022, pp. 665 ss., quienes, sin embargo, no se ocupan expresamente de las sociedades de inversión colectiva en el marco de las distintas sociedades especiales allí contempladas. No asume esta terminología, sin embargo, MIRANDA SERRANO, 2022, pp. 406-414. Conviene tener en cuenta, por otra parte, que todas las instituciones de inversión colectiva, tanto si son sociedades como si se trata de fondos, pueden dedicar su actividad inversora a objetivos financieros y no financieros, contándose entre estos últimos, precisamente, la inversión inmobiliaria, materia de especial interés en relación con el objetivo del presente trabajo (cfr., FERNÁNDEZ TORRES, 2021, pp. 865-888).

⁹ Si en su origen, la regulación de las instituciones de inversión colectiva estuvo determinada prioritariamente por consideraciones de orden tributario, el paso del tiempo ha superado este concreto reduccionismo. Se mantienen en todo caso las ideas inspiradoras iniciales, pero se mejoran los supuestos jurídicos al servicio de la inversión colectiva y se afinan progresivamente los mecanismos de control y supervisión de los mismos, con una decidida apuesta por la transparencia de la respectiva organización, la gestión del ahorro colectivo y, como se indica en el texto, la protección del inversor. En los últimos tiempos, incluso, el régimen de las instituciones de inversión colectiva asume la perspectiva, hoy tan frecuente, de la sostenibilidad, a propósito, en particular, del deber fiduciario de los gestores de activos (cfr., MARTÍNEZ-ALDAMA, cit., pp. 830 y 831).

inversión colectiva, en el presente trabajo se trata de analizar la STS 994/2022, de 22 de diciembre, cuyo ponente fue el magistrado Pedro José Vela Torres, relativa a un supuesto de hecho del que constituían elemento preferente varias sociedades mercantiles cuyo objeto social aparecía centrado en la inversión inmobiliaria. El hecho de que tales sociedades no se constituyeran como instituciones de inversión colectiva, sino que adoptaran un tipo común o universal en nuestro Derecho de sociedades (concretamente, el de la sociedad anónima), se convirtió en asunto básico del litigio, sin perjuicio de traerse a colación en ese mismo nivel la conducta de una importante entidad de crédito, que contribuyó a promover la constitución de las mismas.

Por lo expuesto, se trataba de dilucidar si el propósito inversor de varios sujetos, en el marco de una compleja operación jurídico-negocial, tenía que canalizarse inexorablemente a través de una sociedad de inversión colectiva, con arreglo a su normativa reguladora, o si cabía recurrir a otras posibilidades organizativas desde el punto del Derecho de sociedades, como sucedió en el supuesto de hecho enjuiciado. Y al hilo de esa cuestión central surgieron en el pleito argumentos diversos sobre la conducta de la entidad de crédito promotora de la constitución de las correspondientes sociedades, así como sobre la validez, precisamente, de la compleja operación financiera llevada a cabo entre dicha entidad de crédito y las sociedades inversoras.

II. LOS HECHOS

La división de banca privada del Banco Santander promovió la constitución en 2006 de diversas sociedades anónimas (denominadas REIS 1, REIS 2 y REIS CATALUÑA, siendo el término «REIS» el acrónimo de *Real Estate Investment Society*) en las que se integraron como socios, si bien no en la misma proporción ni en todas las sociedades fundadas, las mercantiles Garmex, S.L., Abundium, S.L. Sertram, S.L. y Torre Limón, S.L, clientes de la indicada entidad de crédito con alta capacidad económica.

En el programa de actuación de las sociedades cuya constitución se pretendía se señalaban sus principales características, de las que cabe destacar su común orientación a la inversión inmobiliaria, dentro y fuera de España; la elevada cifra de capital social (cien millones de euros, distribuidos en acciones de doscientos mil euros de valor nominal); los porcentajes de participación en el capital de las sociedades intervinientes en su fundación (entre un mínimo del cinco por ciento y un máximo del dieciocho por ciento), en línea

con lo establecido a propósito del Banco Santander, así como, finalmente, la encomienda de gestión de tales sociedades a Santander Real Estate, S.A., sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva.

En diciembre de 2014, las sociedades fundadoras interpusieron una demanda contra el Banco Santander en la que solicitaron la nulidad de los contratos vinculados al producto de inversión REIS, con restitución del capital invertido como aportación a las sociedades REIS, pidiendo, a su vez, la nulidad de las pólizas de préstamo suscritas por varias de las demandantes, así como sus renovaciones, con devolución por el Banco de los intereses y gastos derivados de tales operaciones. Subsidiariamente solicitaron que se declarase el incumplimiento doloso o, al menos, negligente, de las obligaciones de diligencia, claridad, lealtad e información relativas a dichos contratos, extendiéndose tal petición al incumplimiento de las obligaciones del Banco Santander correspondientes a la gestión y ejecución de la inversión.

El fundamento de tal petición residía en el hecho de que las sociedades constituidas como vehículos de la inversión deberían haber revestido la forma de instituciones de inversión colectiva, dado que se ajustaban a los requisitos establecidos por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, reguladora de dichas instituciones. Al no haberse hecho así, el Banco Santander infringió normas imperativas, a juicio de las demandantes.

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda por entender que la forma de inversión elegida, es decir, las sociedades REIS, era conforme a Derecho, ya que, si bien las demandantes podían haber elegido una institución de inversión colectiva, optaron sin embargo por constituir sociedades anónimas ordinarias, permitidas por el ordenamiento jurídico. Sucedió, además, que dichas sociedades no respondían por razón de sus características fundamentales (número de socios, cifra de capital, objeto social, esencialmente) a los requisitos propios de las instituciones de inversión colectiva, por lo que no podía hablarse de infracción legal que provocase la nulidad cuya declaración se pretendía.

Las demandantes interpusieron recurso de apelación, desestimado a su vez por la Audiencia Provincial. A juicio de ésta, no siempre que una sociedad desarrolla una actividad de las comprendidas en el ámbito objetivo de la Ley 35/2003 ha de revestir la forma de institución colectiva, a la vista de los requisitos establecidos al efecto. Por otra parte, en el caso enjuiciado no había existido propiamente, como establece la mencionada norma, una actividad publicitaria para captar la inversión. Hubo, sí, propuestas o suge-

rencias dirigidas a un reducido grupo de clientes del Banco Santander, con exigencias de inversión muy altas y en ningún caso llevadas a cabo por cuenta ni en nombre de institución de inversión colectiva alguna. En igual forma, la Audiencia no apreció que hubiera incumplimientos por parte del Banco de sus deberes de información respecto de las características de las sociedades REIS, ya que se dio cuenta de que los gestores serían empleados del Banco, de las inversiones que se realizarían, así como de las comisiones que las sociedades participantes en aquellas habrían de satisfacer.

Interpuesto recurso de casación por las demandantes, el Tribunal Supremo lo desestimó.

III. DOCTRINA DE LA SENTENCIA

De entre los argumentos expresados por el Tribunal Supremo, pueden destacarse, como más relevantes, los siguientes, que ahora se reflejan de manera literal y en extracto:

1. «De darse lugar a lo pretendido en los tres primeros motivos de casación, y, con ello, a lo solicitado expresamente en la demanda..., debería declararse la nulidad de las aportaciones dinerarias a unas sociedades anónimas y, consecuentemente, la nulidad de tales sociedades, o alternatively, su disolución por no alcanzar la cifra de capital mínimo, o la obligación de las sociedades REIS de realizar unas reducciones de capital social para adaptarlo a las devoluciones de las aportaciones de las demandantes. Y ello no es posible en este procedimiento, porque las sociedades REIS, con personalidad jurídica propia, en cuanto que constituidas en escritura pública e inscritas en el Registro Mercantil, ni han sido demandadas, ni se ha dirigido pretensión alguna contra ellas, ni por consiguiente pueden ser condenadas en este litigio a su nulidad, disolución o reducción de su capital social, que es lo que necesariamente conllevaría la estimación de lo pretendido en la demanda».

2. «No podemos ignorar que los efectos de la sentencia por la que se declarase la nulidad de una sociedad anónima, como lo son las sociedades REIS..., difieren sustancialmente de los propios de la declaración de nulidad de los contratos de intercambio (en este caso, el contrato de inversión). El carácter plurilateral organizativo del contrato de sociedad justifica que, atendidos los intereses en juego, los efectos resultantes de su nulidad se aparten de los propios de la invalidez [de] los contratos de cambio».

3. «La declaración judicial de nulidad del contrato de sociedad no resulta entonces en la obligación de restitución a la situación anterior a la celebración del negocio, sino que se procede a la extinción de la sociedad. Producida la declaración de nulidad de la sociedad se conservan, por tanto, los efectos organizativos propios del contrato de sociedad inscrito y se mantiene la personalidad jurídica de la sociedad viciada a los efectos de proceder a su liquidación».

4. «Es jurisprudencia reiterada de esta sala... que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del artículo 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable».

5. «No podemos descartar tan tajantemente como hace la Audiencia Provincial que la elusión consciente del tipo social legalmente adecuado (la institución de inversión colectiva) y la elección de una modalidad societaria que no reunía las garantías y cautelas para el inversor... no pueda entroncar con un incumplimiento de las obligaciones que competían al Banco de Santander, como sociedad de servicios de inversión. Por el contrario, puede ser cierto que el devenir negativo de la actividad social de las citadas sociedades REIS, acaso pudo estar provocado, al menos en parte, no solo por la situación de crisis del mercado inmobiliario en los años inmediatamente posteriores a su constitución, sino también por la falta de aplicación de la normativa y conducta prudencial a que viene obligadas las sociedades de inversión colectiva».

6. «Pero en el motivo no se justifica, sin alterar la base fáctica de la sentencia recurrida, que debe permanecer incólume en casación, que el incumplimiento de estas garantías y controles, como consecuencia de la falta de acomodación de la forma social a lo ofertado por el Banco de Santander, hubiera sido determinante de las pérdidas sufridas por las sociedades demandantes, por lo que no cabe apreciar la relación de causalidad entre tales incumplimientos y el daño patrimonial sufrido en su inversión por tales sociedades. Máxime si, como se declaró en la instancia, las demandantes (sociedades mercantiles dedicadas a la inversión) tenían conocimientos en el negocio inmobiliario y no podían ignorar los riesgos

de esa actividad, e incluso en la concertación de la operación fueron asesoradas por abogados y expertos fiscales».

IV. COMENTARIO

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Son dos, fundamentalmente, los aspectos de los que se ocupa la sentencia en estudio y que pueden ser adscritos, desde el punto de vista de su ubicación jurídica, al Derecho de sociedades y al Derecho de contratos, respectivamente. No se quiere decir con ello que puedan identificarse dos partes equivalentes en dicho fallo como si se tratara de compartimentos estancos sin conexión alguna entre ambos. No sucede tal cosa, como es bien sabido, en el terreno de la regulación positiva ni tampoco cabe observar una estricta separación cuando se contemplan ambas realidades (sociedades y contratos) desde un punto de vista dogmático. Esta circunstancia no impide, claro está, que, en atención a los caracteres del asunto enjuiciado, y siguiendo el conocido consejo de Ihering, sea preciso poner en práctica ese «arte de separar»¹⁰ en que consiste esencialmente el Derecho y que constituye también misión de todo jurista en el desempeño de su oficio.

En forma equivalente, la sentencia analizada guarda una razonable conexión entre ambos supuestos institucionales, sin perjuicio de que se advierta en los distintos argumentos expuestos por el alto tribunal un significativo predominio de la vertiente societaria. Alrededor de tal extremo se articula el núcleo esencial del fallo, ciertamente diverso del planteamiento que se deduce de la demanda mediante la cual se dio origen al pleito.

Es más, bien podría decirse que el contenido de esta última y, en particular, las diversas peticiones en ella formuladas, aparecían inspiradas, cabría decir, en una pura «lógica contractual», sin hacer alusión, más allá de los aspectos imprescindibles, a la situación de las sociedades constituidas al efecto como vehículos de la inversión comprometida. La misma línea se mantuvo en el recurso de casación, si bien en este caso se acentuaron, aunque de manera sintética, las cuestiones de índole societaria.

No hace falta destacar que estas últimas constituían, en realidad, el núcleo del problema discutido, a la vista de los hechos ante-

¹⁰ Esta fórmula se encuentra recogida en diversos apartados del *Espíritu del Derecho romano*, si bien aquí la tomamos de SCHULZ, 2002, p. 39.

riormente expuestos. Como se ha intentado expresar al comienzo de este comentario¹¹, hay un extremo básico que permite interpretar con razonable posibilidad de acierto el propósito práctico a que aspiraban las partes: se trataba de encontrar un vehículo jurídico de carácter organizativo, es decir, societario, para canalizar los objetivos asumidos en común por el Banco y los demandantes¹².

Por ello, establecer, como «centro organizador» de la demanda, la nulidad de unos determinados préstamos, con la responsabilidad añadida del Banco, por el incumplimiento de sus concretas obligaciones negociales, aun pudiendo merecer alguna estimación positiva, obviaba la existencia, y la personalidad jurídica, de las sociedades REIS, verdadero elemento neurálgico de la operación inversora llevada a cabo entre demandantes y demandado. En tal sentido, no resulta posible entender, como se deduce esencialmente de la demanda, que dichas sociedades fueran un simple instrumento o, incluso, un mero apéndice de unas concretas operaciones contractuales, desprovistas, por tanto, de trascendencia jurídica. El Tribunal Supremo rebatirá este planteamiento, orientando sus argumentos y criterios, tanto en el núcleo como en la periferia, alrededor de una perspectiva inequívocamente societaria.

2. LA PERSPECTIVA ESENCIAL EN LA SENTENCIA 994/2022

2.1 **La reconducción, en clave societaria, de la petición contenida en la demanda**

A la hora de enjuiciar la principal petición contenida en la demanda, es decir, la nulidad de la operación financiera en su conjunto «por infracción de normas imperativas» y con la consiguiente «restitución de las aportaciones», el Tribunal Supremo señala que, de acuerdo con lo expresado literalmente en la demanda, esa petición debería proyectarse inevitablemente sobre las sociedades REIS, constituidas, como sabemos, en el marco de la operación financiera llevada a cabo entre demandantes y demandado. De este modo, deberían declararse igualmente nulas las aportaciones (dinerarias)

¹¹ Cfr., *supra* I, 1 y 2.

¹² Hablamos de «propósito práctico de las partes» y de «objetivos asumidos en común» porque no parece discutible que la constitución de las sociedades REIS se llevara a cabo sobre la base del pleno acuerdo entre el Banco y las demandantes. Debe excluirse, por tanto, cualquier tipo de imposición, aunque fuera indirecta o limitada, por parte del primero en relación con las segundas; pero también parece evidente que la voluntad de las demandantes se formó y se expresó libremente, sin posibilidad de alegar vicio alguno al respecto.

efectuadas a dichas sociedades, con diversas derivaciones según el escenario que se contemplara.

No se trata, por lo demás, de una consecuencia aislada, sin repercusión sobre las indicadas personas jurídicas; en tal sentido, prosigue el alto tribunal, debería declararse «la nulidad de tales sociedades, o alternativamente, su disolución por no alcanzar la cifra de capital mínimo, o la obligación de las sociedades REIS de realizar unas reducciones de capital social para adaptarlo a las devoluciones de las aportaciones de los demandantes». Se produce, así, como se indica en el presente epígrafe, una suerte de «reconducción» o, si se prefiere, de «recalificación» del *petitum* contenido en la demanda en clave exquisitamente societaria, lo que pone de manifiesto, según se ha indicado ya, el carácter central de este planteamiento en la sentencia analizada.

Con todo, ninguna de estas consecuencias tiene posibilidades de realizarse con plena validez jurídica. Ello es consecuencia de que las sociedades REIS «ni han sido demandadas ni se ha dirigido pretensión alguna contra ellas, ni por consiguiente pueden ser condenadas en este litigio a su nulidad, disolución o reducción de su capital social, que es lo que necesariamente conllevaría la estimación de lo pretendido en la demanda». La improcedente o, cuando menos, defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal en el presente caso, derivada de no traer al juicio a las mencionadas sociedades, se convierte, por lo tanto, en obstáculo insuperable para acceder a lo pedido.

2.2 El significado de la nulidad en el Derecho de sociedades

De entre los diversos escenarios, propios del Derecho de sociedades, en los que, según el Tribunal Supremo, se podría enmarcar el contenido de la demanda si se hubiera constituido adecuadamente la relación jurídico-procesal, se refiere el Tribunal Supremo con particular detalle al primero de ellos, es decir, a la nulidad societaria¹³. Y las primeras consideraciones al respecto se preocupan de

¹³ Si la reducción del capital para devolver aportaciones a los socios no plantea, como criterio genérico, problemas de encaje en la vigente LSC, menos clara es la adecuación normativa del supuesto disolutorio como una nueva opción societaria de respuesta (y de acogimiento) de la demanda, siempre que, como se indica repetidamente en el fallo, se hubiera traído al proceso, como demandados, a las sociedades REIS. Y esa menor claridad se deduce de que, como tal, no existe en el Derecho español (cfr., art. 363 LSC) una causa de disolución consistente estrictamente en no haberse alcanzado el capital mínimo requerido para la constitución de una determinada sociedad. Existe, sí [art. 363.1.º.f) LSC], una causa legal de disolución derivada de la «reducción del capital por social por debajo del mínimo legal», siempre que «no sea consecuencia del cumplimiento de una ley», lo que implica la necesaria concurrencia de un acto corporativo (el acuerdo de reducción del

deslindar esta última de la nulidad contractual, aparentemente pretendida en la demanda. De este modo, si en la demanda se aludía a los artículos 6.3.º y 1303 CC, tendrían que haberse traído a colación, del mismo modo, los artículos 56 y 57 LSC, relativos, como es sabido, a la nulidad de las sociedades de tal naturaleza. Y, de manera más específica, hubiera sido procedente referirse al artículo 56.1.º.e) LSC, cuando establece como causa de nulidad la existencia de un objeto social ilícito¹⁴.

Establecido el marco normativo aplicable, en su caso, al supuesto de hecho enjuiciado, precisa el Tribunal Supremo los caracteres de la nulidad societaria, ciertamente particulares y que, por lo tanto, «difieren sustancialmente de los propios de la declaración de nulidad de los contratos de intercambio (en este caso, el contrato de inversión)». Se traen a colación, en este sentido, nociones bien conocidas en la dogmática del Derecho de sociedades y que se deducen de la singular naturaleza jurídica del negocio de constitución societaria, como ejemplo de contrato plurilateral y de organización. El efecto principal de calificarlo como negocio jurídico nulo no será, por tanto, la restitución de las prestaciones efectuadas en la fase fundacional, sino, más bien, la disolución de la sociedad, con el consiguiente proceso liquidatorio, a fin de desembocar en su efectiva extinción. Mientras tanto, la sociedad conservará su personalidad jurídica, manteniéndose los efectos del contrato social,

capital), sólo a cuyas resultas podría hablarse de insuficiente capital mínimo, debiendo procederse en tal caso a la disolución. No es éste, como resulta notorio, el escenario contemplado en la sentencia, con cuya formulación parece postularse una suerte de supuesto atípico de nulidad societaria, a la vista de la intensidad del «desvalor institucional», cabría decir, derivado de que una sociedad se constituya (así creemos que debe entenderse el planteamiento judicial) con un capital mínimo inferior al exigido legalmente. Son varias las objeciones que cabe expresar frente a este razonamiento en el caso de que hayamos acertado en la comprensión de los motivos subyacentes a la propuesta del Tribunal Supremo. La primera, y más evidente, se deduce de la improcedencia de cualquier atipicidad en el contexto de las causas de nulidad recogidas en el artículo 56 LSC. Pero, aun en el caso de que así fuera, se nos antoja de muy difícil concurrencia por el doble filtro de supervisión (notarial y registral) existente entre nosotros en sede de constitución societaria. La segunda objeción, por su parte, se refiere al hecho de que el escenario ahora analizado se contempla en el fallo de una manera, podríamos decir, «contrafáctica», en el sentido de que la sociedad (anónima) constituida no tenía el carácter de sociedad de inversión colectiva, por lo que el único capital mínimo de necesaria observancia en el caso sería el propio de la sociedad anónima ordinaria, es decir, 60.000 euros (art. 4.2.º LSC), cifra holgadamente superada por las distintas sociedades REIS.

¹⁴ Aunque los hechos enjuiciados, así como la interposición de la demanda tuvieron lugar bajo el imperio del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas (en adelante, LSA 1989), en cuyos artículos 34 y 35 se contemplaba la nulidad de dichas sociedades, para nada se refiere a aquélla y a éstos la sentencia en estudio, centrada exclusivamente en la normativa vigente en la actualidad sobre sociedades de capital. No hay gran problema en ello, desde el punto de vista del contenido de la regulación, ya que se trata de preceptos idénticos, sin perjuicio del distinto campo de aplicación entre la primera ley, referida exclusivamente a las sociedades anónimas, y los artículos 56 y 57, relativos, como es notorio, a todas las sociedades de capital.

siempre que, claro está, resulten compatibles con las exigencias de la liquidación¹⁵.

Con este telón de fondo, reitera el Supremo la imposibilidad de acoger la petición contenida en la demanda. Y no es que falten referencias, «aun planteadas de manera más o menos implícita», a las indicadas consecuencias de orden societario, derivadas, en su caso, de la pretensión anulatoria sustancialmente contenida en la demanda; se trata, más bien y como ya hemos indicado, de no haberse dirigido pretensión alguna contra las sociedades REIS, lo que impide, con arreglo al artículo 5.2.º LEC, la producción de consecuencias efectivas derivadas del litigio para tales sujetos.

De este conjunto de argumentos, puede deducirse, entonces, que el Tribunal Supremo no vea del todo infundado el contenido esencial de la demanda interpuesta en su momento, a diferencia de lo observado, según creemos, en la sentencia de primera instancia y en el fallo de la Audiencia, derivado de la apelación. En este sentido, resulta razonable pensar que, si la relación jurídico-procesal se hubiera constituido válidamente, trayendo al juicio a las sociedades REIS, como entidades demandadas, y postulando su nulidad, por razón de la ilicitud del objeto, de acuerdo con la normativa

¹⁵ El tema de la nulidad societaria interesó vivamente a la doctrina española, sobre todo de cuño mercantil, y fueron numerosas las monografías y artículos dedicados a dicho asunto en los primeros años de vigencia de los artículos 34-35 LSA 1989, los cuales traían causa, como es bien sabido, de la regulación establecida en la primera directiva de la Unión europea (entonces Comunidad Económica Europea) en materia de sociedades, en concreto, la 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968. Es lo cierto, sin embargo, que esta regulación, cuyo sentido y carácter se reflejan sintética y acertadamente en la sentencia analizada, no ha recibido apenas aplicación, fuera del llamado «caso Marleasing» precisamente aludido también en el fallo. Parece evidente que este desajuste entre la normativa y la práctica societarias encuentra su fundamento en el ya aludido (cfr., *supra* nota 13) doble control, notarial y registral, existente entre nosotros a propósito de la constitución de las sociedades mercantiles. Gracias a él se hace sumamente difícil cuando no improbable que pueda detectarse una causa de nulidad tras la inscripción registral de la sociedad, teniendo en cuenta además que el conjunto de los supuestos contemplados en el artículo 56 LSC constituye, como también sabemos (cfr., de nuevo, *supra*, nota 13), un ejemplo de *numerus clausus* sin posibilidad alguna de ampliación. Quizá por este motivo, haya decaído el interés doctrinal en la materia, pudiéndose citar como última aportación, ciertamente completa y rigurosa, la monografía de SÁNCHEZ PACHÓN, 2007, la cual, aun estando referida a la legislación anterior a la vigente LSC, resulta del todo relevante al no haberse producido cambio alguno en lo que atañe a la disciplina de la nulidad. Sustancialmente distinta era la situación previa a la reforma y adaptación sufrida por el Derecho español de sociedades de capital, es decir a la LSA 1989, con motivo del ingreso de nuestro país en la Unión europea; en ella, y sin especial apoyo normativo, había empezado a llegar a la práctica la reflexión sobre la nulidad societaria en los términos que nos son conocidos, bajo la influencia de la doctrina de las sociedades de hecho (cfr., GIRÓN TENA, cit., pp. 259 ss.). En tal sentido, hubo algún pronunciamiento judicial que llevó a cabo una aplicación *avant la lettre* de la nulidad societaria en ese contexto de ausencia de todo tipo de regulación en la materia, siendo las situaciones que se «recondujeron» a este singular tratamiento las derivadas de la posible simulación en la fase constitutiva de la sociedad, así como de la falta de desembolso efectivo de la aportación comprometida por alguno o varios socios; al respecto, EMBID IRUJO, 2008, p. 406.

antes señalada, hubiera sido posible que el alto tribunal estimara los motivos iniciales del recurso de casación interpuesto¹⁶.

2.3 La sociedad utilizada para canalizar la inversión

La afirmación recientemente transcrita en torno a un hipotético y diverso fallo por parte del Tribunal Supremo merece mayor análisis y, en todo caso, debe ser considerada a la luz del repertorio de tipos y modalidades organizativas existentes en nuestro Derecho de sociedades, de acuerdo con lo expuesto anteriormente. Pero, del mismo modo, ha de ser vista también en el marco de la sentencia que nos ocupa, en su conjunto, pues la «reconducción societaria» llevada a cabo por el Tribunal Supremo y que se ha expresado, inicialmente, a propósito de la posible nulidad de las sociedades REIS, prosigue en otros apartados del fallo en torno a la figura idónea para servir de cauce a la operación inversora llevada a cabo.

Esa figura idónea no podía ser otra que una sociedad, por lo tanto, una persona jurídica, y además de carácter mercantil, dado el objeto de la actividad y la finalidad lucrativa pretendida por todos sus miembros¹⁷. El *quid* de la cuestión residía entonces en la elección de la adecuada estructura societaria a tales efectos, teniendo en cuenta el repertorio de figuras, comunes (o universales) y especiales, existentes en nuestro Derecho y disponibles por las partes. Aquí se plantea, según creemos, el problema central del supuesto de hecho enjuiciado, al que el alto tribunal da una respuesta no del todo precisa, ciertamente necesitada de mayores matizaciones y complementos, sin que sea posible ignorar, por otra parte, la orientación básica a la que parecen responder sus argumentos.

En tal sentido, y a propósito de la posible responsabilidad del Banco, solicitada en la demanda, por incumplimiento de sus obligaciones en la relación de asesoramiento establecida con sus clientes, se refiere el Tribunal Supremo de manera expresa a «la elusión consciente del tipo social legalmente adecuado (la institución de inversión colectiva) y la elección de una modalidad societaria que no reunía las garantías y cautelas para el inversor que impone la mencionada Ley», es decir, la Ley 35/2003, de instituciones de inversión colectiva.

Más adelante, con diversas referencias a apartados diversos de esta última regulación, destaca el fallo la inexistencia en el caso

¹⁶ Sobre la ilicitud del objeto social como causa de nulidad, véase SÁNCHEZ PACHÓN, cit., pp. 234 ss., quien, sin embargo, no se plantea en su detenido estudio de la cuestión circunstancia alguna equivalente a la examinada en la sentencia.

¹⁷ Véase *supra* nota 7.

enjuiciado de los mecanismos de tutela del inversor característicos del régimen de las instituciones de inversión colectiva (conducta prudencial, obligación de diversificación de riesgos, exigente regulación de los conflictos de interés, la garantía de control que para el inversor supone la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de valores, entre otros).

Y aunque de estas circunstancias no resulte posible deducir la responsabilidad del Banco, por la falta de relación de causalidad entre sus posibles incumplimientos y el daño experimentado por las sociedades demandantes, se alude, como última mención relevante, aunque no del todo nítida en su expresión literal, a «la falta de acomodación de la forma social a lo ofertado por el Banco de Santander». Con dicho enunciado se trata, obviamente, de reiterar que el empleo de la sociedad anónima ordinaria como vehículo jurídico de la inversión no hacía posible cumplir adecuadamente los objetivos pretendidos en la negociación ni ofrecer a los socios de las sociedades REIS las garantías necesarias.

Si se analizan con cuidado las frases transcritas parece deducirse, de entrada, una convicción firme en torno a la modalidad societaria que debería haberse empleado en el caso enjuiciado, esto es, una sociedad de inversión colectiva. Esa convicción, no obstante, se expresa de una manera un tanto paradójica, pues la adecuación, sin más, de la forma societaria especial (la sociedad de inversión colectiva) al supuesto de hecho enjuiciado, no significa que se constituya en único recurso posible de quienes pretendan llevar a cabo una actividad equiparable. Éste era, como es sabido, un criterio reiteradamente expuesto por las sociedades demandantes que, sin embargo, el Tribunal Supremo no hace suyo o, al menos, no lo hace de manera expresa.

Resulta evidente en nuestro ordenamiento que la indicada adecuación, punto de partida genérico dicho criterio, no debe entenderse como exclusividad, de manera que fuera ilícita cualquier otra posibilidad de configurar organizativamente una operación inversora como la que nos ocupa. Tal afirmación no se encontrará en la sentencia, teniendo en cuenta, además, que las sociedades REIS se constituyeron sin objeción alguna, tanto en sede notarial, como en la fase de calificación por parte del registrador mercantil. Pero es que además de la indicada omisión, el Tribunal Supremo adopta una actitud cautelosa, al menos en lo que a su expresión literal se refiere, cuando se separa del criterio previo de la Audiencia Provincial, a cuyo tenor no existiría relación alguna entre la elección de la sociedad anónima como figura organizativa para la operación

inversora y el pretendido –por las demandantes– incumplimiento de las obligaciones del Banco Santander.

No es inconveniente reproducir la expresión con la que el Tribunal Supremo manifiesta su criterio, sin que lo afirme, como se acaba de señalar, de una manera del todo indiscutible. Así, «no podemos descartar tan tajantemente como hace la Audiencia Provincial que la elusión consciente del tipo social legalmente adecuado (la institución de inversión colectiva) y la elección de una modalidad societaria que no reunía las garantías y las cautelas para el inversor... no puede entroncar con un incumplimiento de las obligaciones que competían al Banco de Santander, como sociedad de servicios de inversión». Parece expresarse de este modo un criterio derivado no tanto o no sólo de los hechos que constaban en los autos, sino, a nuestro juicio, de una suerte de «precomprensión» respecto de los mismos, sin duda dotada de fundamento. Dicha forma de proceder y razonar ha resultado operativa en este caso, al igual que se observa en tantos otros, propios del ejercicio de la función jurisdiccional, si bien de manera insuficiente para orientar el fallo en torno al criterio «precomprendido»¹⁸.

2.4 Algunas vías imaginables para la protección del inversor en las sociedades REIS

2.4.1 PREMISA

Por sí solos, los mecanismos de protección del accionista existentes en la regulación de la sociedad anónima ordinaria quizá no sean suficientes para la completa tutela del inversor, en cuanto tal, tanto si se piensa en un supuesto de significativa pluralidad de inversores, por lo común desinteresados de la organización y el funcionamiento de la sociedad en cuestión y desprovistos, también generalmente, de efectivo poder societario, como si se trata de una sociedad cerrada, con un reducido número de socios-inversores. Y aunque en este último caso, sustancialmente idéntico al considerado en la sentencia que nos ocupa, los derechos, individuales y de minoría, del accionista podrían tener una mayor utilidad, resulta evidente, de entrada, la conveniencia y la oportunidad de mejorar y completar dichos instrumentos de protección.

De este modo, en el presente apartado intentaremos aludir a algunos posibles elementos de carácter tuitivo, sin que, claro está, resulten de utilidad, por desgracia, para el supuesto de las socieda-

¹⁸ Resulta obligada la cita de ESSER, 1972.

des REIS, aunque tal vez puedan ser convenientes preventivamente en el caso de que se intente llevar a la práctica un modelo societario como el examinado en la sentencia 994/2022, concebido, por tanto, como forma jurídica para la organización de la actividad inversora de diversos sujetos. No parece posible examinar en un trabajo como éste todos los instrumentos y las técnicas teóricamente concebibles a tal fin; sí resulta conveniente señalar, como criterio previo, que no es tanto la normativa societaria la principal fuente para contemplar y articular las posibles medidas complementarias de protección, sino que, más bien, corresponde a la autonomía de la voluntad, y a su adecuado despliegue, el principal protagonismo en la materia.

2.4.2 ¿ANALOGÍA CON EL PROCEDIMIENTO DE FUNDACIÓN SUCESIVA?

En consonancia con lo que se acaba de señalar, y en un terreno, eso sí, abiertamente hipotético, encontramos, en primer lugar, un posible instrumento legal al servicio de la finalidad tuitiva que ahora nos ocupa. Se trata de ver la potencialidad que en un contexto como el de las sociedades REIS podría jugar el supuesto de la llamada «fundación sucesiva», regulado como segunda vía para la constitución de una sociedad anónima en los artículos 41-55 LSC. Pensado desde su regulación inicial¹⁹ para facilitar la formación de sociedades anónimas con alta necesidad de capital y con finalidades abiertamente relevantes en el campo de la gran empresa, sus complejos y dilatados trámites lo han convertido en un instrumento desprovisto de cualquier manifestación efectiva, por reducida que sea, en la realidad práctica²⁰.

No se trata de postular la aplicación *in toto* de la regulación correspondiente a la fundación sucesiva al caso en estudio. Y ello, obviamente, por la notoria razón de que las sociedades REIS,

¹⁹ Contenida en LSA 1951 (arts. 16-30), su tratamiento, referido a la fundación de una sociedad anónima por «suscripción pública», se mantuvo, con términos muy similares, en LSA 1989 (arts. 19-33) y se conserva en la vigente LSA (arts. 41-55), siendo estos últimos preceptos trasunto fiel de los inmediatamente anteriores. El tratamiento de la fundación sucesiva en la vigente regulación de la sociedad anónima, con todo, no debe considerarse una particularidad española (sin perjuicio de que también existan procedimientos similares en otros países), derivada de la tradición histórica, sino que es consecuencia del deber de adaptación al Derecho europeo de sociedades, al hilo de lo establecido en la segunda directiva en materia de sociedades, 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976 (al respecto, PEINADO GRACIA, 2008, pp. 252-254).

²⁰ Por tal motivo, seguramente, ha sido muy escaso el interés suscitado por la fundación sucesiva en la doctrina española. No resulta posible, en consecuencia, ofrecer una relación significativa de trabajos de investigación sobre tal supuesto, por lo que sigue manteniendo su vigencia, salvando, eso sí, el hecho de que se refiera a la fundación sucesiva en LSA 1989 (diferencia relevante en la forma, pero no en el fondo), la muy completa aportación de PEINADO GRACIA, cit., pp. 251-401.

siguiendo, por otra parte, la práctica habitual entre nosotros, se constituyeron a través del procedimiento de fundación simultánea. Pero la singularidad de su proceso fundacional, en el que brilla el papel del Banco Santander como «entidad promotora» de su constitución, podría ofrecer algún resquicio analógico para ver, en su caso, la posibilidad de trasladar a un supuesto como el examinado (y, por tanto, a todos los que resulten equivalentes) las diversas medidas de tutela en beneficio de los potenciales socios contenidas en su regulación, con particular interés en el caso de la responsabilidad de los promotores (art. 54 LSC).

Se ha afirmado entre nosotros, con estimables razones, una cierta «fuerza expansiva» del procedimiento de fundación sucesiva²¹, lo que, en principio, podría servir de base a su tratamiento analógico en el contexto examinado en la sentencia 994/2022. Con todo, y a pesar de la ya advertida presencia en este caso de una «entidad promotora», con un papel no lejano al que reserva nuestro Derecho al de los promotores en la fundación sucesiva, no parece posible sostener la indicada aplicación analógica dado que haría falta, como requisito imprescindible a tal efecto, la realidad de una auténtica «promoción pública» de la constitución de la correspondiente sociedad. Como acertadamente se ha señalado, la fundación sucesiva, y, dentro de ella, la promoción pública del programa fundacional, requiere que el destinatario del mensaje difundido por los promotores no se fije individualmente (*uti singuli*), de manera que pueda hablarse de una suerte de «fungibilidad del destinatario»²².

No fue este el caso de las sociedades REIS ni lo sería seguramente el de aquel supuesto similar que, de manera hipotética, pudiera darse en la realidad práctica. En tal sentido, no cabe hablar de promoción pública del programa fundacional, dada la estricta reducción del círculo de sujetos a los que se comunicó, de manera reservada, la posibilidad de constituir dichas sociedades. Por idéntica razón, no cabe tampoco considerar a aquéllos, luego demandantes, como sujetos irrelevantes en su dimensión personal y patrimonial a tales efectos, careciendo, por tanto, de esa «fungibilidad» necesaria en el marco de un procedimiento de fundación sucesiva. Debe decaer, por tanto, la posibilidad de aplicar por analogía algunos de los aspectos más destacados correspondientes a la regulación de esta singular vía fundacional.

²¹ Así, PEINADO GRACIA, cit., pp. 255 y 256.

²² Con estos términos, de nuevo, PEINADO GRACIA, cit., p. 258.

2.4.3 EL DESPLIEGUE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD A TRAVÉS DE LOS PACTOS PARASOCIALES

No es necesario destacar ahora el papel relevante que juega en el Derecho de sociedades la autonomía de la voluntad. Así se recoge en diferentes apartados de nuestro ordenamiento, con especial relieve, según es bien sabido, en el caso de las sociedades de capital (art. 28 LSC). Hablamos, a este respecto, y en primer lugar, de la autonomía que bien podría calificarse de estatutaria, en el sentido de que es libre, con la debida observancia de los respectivos límites, el establecimiento de pactos, cláusulas y condiciones en los estatutos de la correspondiente sociedad.

No es éste, con todo, el único terreno en el que puede desplegarse la autonomía de la voluntad dentro del Derecho de sociedades. Goza ya de una amplia tradición el recurso a los pactos que la regulación positiva califica de «reservados» (art. 29 LSC) y que doctrinal y prácticamente son conocidos de manera predominante como «pactos parasociales». Sus caracteres han sido bien analizados por los estudiosos del Derecho de sociedades y resulta extraordinariamente relevante su frecuencia en la práctica²³, tanto si se habla de sociedades abiertas o cotizadas, como de las sociedades cerradas²⁴. En todos los casos, y con independencia de algunas circunstancias reguladoras especiales, nos encontramos ante negocios jurídicos suscritos por varios, muchos o, incluso, todos los socios, cuyo contenido resulta ajeno a los estatutos, sin posibilidad de oposición, por tanto y salvo excepciones, a la sociedad respecto de la cual se hayan podido concluir.

Ese carácter, en principio, relativo, derivado de su naturaleza, esencialmente contractual, no permite ignorar su «motivación societaria», es decir, el hecho de que su conclusión encuentre su razón de ser en la referencia directa y estricta a una sociedad determinada, a su organización y a su actividad. Entre los socios suscriptores del pacto, se trata, por tanto, de desarrollar, digamos, de manera «reservada», relevantes aspectos societarios, quedando por

²³ La bibliografía sobre los pactos parasociales es muy abundante, como consecuencia, sobre todo, de su relieve en la práctica, atestiguado, además, por una significativa línea jurisprudencial al respecto. Entre otros trabajos, véanse, NOVAL PATO, 2012; MARTÍNEZ ROSADO, 2017, y GARCÍA VIDAL, 2019, pp. 85-138. Últimamente, sobre una relevante sentencia en la materia, NOVAL PATO, *RdS*, 2022, pp. 147-178.

²⁴ Sin perjuicio de que, en el caso de las cotizadas, se disponga de un régimen específico de publicidad de los mencionados pactos, tal y como se deduce de los artículos 530-535 LSC, circunstancia ésta que reduce, de manera efectiva, la «reserva» sobre su contenido. No es, con todo, el único supuesto de posible difusión pública de los pactos parasociales, ya que en el marco de la empresa familiar se contempla la posibilidad de inscribir en el Registro mercantil el llamado «protocolo familiar», de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero.

tanto para los estatutos las cuestiones imprescindibles, legalmente exigidas, sin cuya mención no sería posible concluir la constitución regular de la sociedad²⁵. De este modo, el mejor medio para averiguar cuáles puedan ser los caracteres «reales», es decir, auténticos, de una determinada sociedad es, en su caso, el conocimiento directo del correspondiente pacto parasocial.

Esta ya larga presentación sobre el relieve genérico de la autonomía de la voluntad en el Derecho de sociedades por la particular vía de los pactos parasociales no tiene otra finalidad que la de mostrar su conveniencia en supuestos como el considerado en la sentencia 994/2022. Y es que a antes como las sociedades REIS hubiera resultado sumamente útil la conclusión de un acuerdo de esta naturaleza, por su condición, como sabemos, de sociedades cerradas, de muy pocos socios, con vínculos significativos entre ellos, basados en un previo conocimiento profesional. Es más, en su caso, se hubiera tratado presumiblemente de pactos omnilaterales, es decir, de todos los socios, con una «intensidad societaria» todavía mayor, si cabe, de la que resulta común en los habituales pactos parasociales.

Buena parte de las consideraciones vertidas en el fallo a propósito de la inadecuación de la sociedad anónima ordinaria para servir de vehículo jurídico al propósito inversor común a los socios de las sociedades REIS, por falta de la debida tutela de las demandantes, hubieran podido plasmarse en un hipotético pacto parasocial. Allí hubiera sido posible diseñar no sólo los aspectos básicos de la tutela de los socios como inversores –en el sentido, *grosso modo*, de la regulación sobre las instituciones de inversión colectiva–, sino también el estatuto del promotor de tales sociedades, es decir el Banco de Santander, delimitando y precisando sus particulares deberes. A tal efecto, además, podría haberse traído a colación, como singular garantía de cumplimiento del acuerdo, una específi-

²⁵ De hecho, en la práctica empresarial, sobre todo cuando se refiere a sociedades cerradas, familiares y de escasa dimensión económica, los estatutos no suelen informar de manera suficiente de sus circunstancias principales desde la perspectiva propia del Derecho de sociedades. Ello es consecuencia, entre otras cosas, del habitual recurso a formularios de estatutos, genéricos y prerredactados, mediante los cuales buena parte de las sociedades se convierten en «entes clónicos», sin posibilidad de distinción alguna entre ellas. En la actualidad, además, este fenómeno de «indiferencia societaria», podríamos decir, se acentúa con motivo de la constitución telemática de numerosas sociedades de responsabilidad limitada –la sociedad capitalista predominante entre nosotros–, supuesto en el que se termina recurriendo a los llamados estatutos-tipo, como es bien sabido. Últimamente, sobre este asunto, hay que tener en cuenta la reforma llevada a cabo en la LSC por la Ley 11/2023, de 8 de mayo, mediante la cual se ha añadido al libro primero de la LSC un capítulo III bis, sobre la constitución telemática de la sociedad de responsabilidad limitada (arts. 40 bis-40 quinquies), con la expresa previsión de una serie singular de normas sobre dicho procedimiento. Sobre estas cuestiones y sobre los caracteres y efectos de las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 11/2023 en el Derecho de sociedades de capital, véase, por muchos, NIETO CAROL, 2023, *passim*.

ca cláusula penal, frecuente, por no decir del todo habitual, en los pactos parasociales.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Nada se dice en la sentencia examinada sobre la posibilidad de recurrir a arbitrios como los indicados en el epígrafe anterior, o a otros, también imaginables, cuyo tratamiento, sin embargo, no procedía en el presente trabajo, dadas sus características y limitaciones; tampoco consta que, en concreto, se hubieran podido concluir pactos parasociales, al modo recién señalado. Y aunque el fallo no permite dar satisfacción a los demandantes, por las indicadas razones de carácter procesal, insiste el Tribunal Supremo en diversos apartados de la sentencia –sobre la base de la apuntada «precomprensión» del supuesto de hecho– en la inadecuación de la sociedad anónima ordinaria (forma adoptada por las sociedades REIS) para dar cauce a la operación inversora contemplada en el caso, y en la idoneidad, a tal efecto, de la sociedad de inversión colectiva.

No creemos, sin embargo, que este criterio resulte determinante para explicar los daños experimentados por las demandantes, más allá, por supuesto, de la crisis inmobiliaria vivida en los años previos a la interposición de la demanda, también mencionada en la sentencia. Y es que no cabe excluir, a nuestro juicio, a la sociedad anónima ordinaria (o a otro tipo, preferentemente capitalista, de sociedad mercantil existente en nuestro Derecho) como estructura jurídica adecuada para canalizar un propósito práctico como el descrito en la sentencia 994/2022. La preferencia por la sociedad de inversión colectiva, aun teniendo buenos argumentos a su favor, no termina de resultar del todo convincente, a la vista, entre otras cosas, de la posibilidad de configurar la sociedad utilizada (en este caso, la anónima) mediante un recurso adecuado a la autonomía de la voluntad, por la vía, ya señalada, de los pactos parasociales.

No podemos saber, en fin, si se utilizó este instrumento en el supuesto enjuiciado y, en su caso, qué contenido tuvo el correspondiente acuerdo. Sí resulta posible pensar que, de plantearse el problema en la actualidad, y dadas las características de los potenciales socios (su carácter profesional, el conocimiento del mercado, la complejidad de las inversiones pretendidas, entre otros datos), la opción por un modelo ordinario de sociedad de capital habría ido acompañada, a buen seguro, de un minucioso pacto parasocial, con particular atención, según se ha señalado con anterioridad, a las garantías (auto) exigidas para hacer posible su cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- BENJUMEA, José Ignacio, «Las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado», en URÍA FERNÁNDEZ, Francisco (coord.), *La regulación del mercado de valores y las Instituciones de Inversión Colectiva*, Madrid, 2021, pp. 1027-1049.
- BROSETA, Manuel, y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho mercantil*, ed., Madrid, 29.^a ed., 2022.
- EMBED IRUJO, José Miguel, «Artículos 34-35», en ARROYO, Ignacio; EMBED IRUJO, José Miguel, y GÓRRIZ, Carlos (coord.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, 2.^a ed., I, Madrid, 2008, pp. 403-414.
- ESSER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt, 1972.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977.
- «La sociedad comanditaria por acciones (artículos 151 a 157 del Código de comercio)», en URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio, y OLIVENCIA, Manuel (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel, «Instituciones de inversión colectiva de carácter no financiero», en URÍA FERNÁNDEZ, Francisco (coord.), *La regulación del mercado de valores y de las Instituciones de Inversión Colectiva*, Madrid, 2021, pp. 865-888.
- GARCÍA VIDAL, Ángel, «Consecuencias societarias del incumplimiento de los pactos parasociales», en EMPARANZA SOBEJANO, Alberto (coord.), *El Derecho de sociedades y de cooperativas. Nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, Madrid, 2019, pp. 85-138.
- GIMENO RIBES, Miguel, «Uso y desuso de las sociedades de personas», *ADC*, 2022, pp. 11-67.
- GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Granada, 2011.
- MARTÍNEZ ROSADO, Javier, *Los pactos parasociales*, Madrid, 2017.
- MARTÍNEZ-ALDAMA, Ángel, «Régimen general de las instituciones de inversión colectiva», en URÍA FERNÁNDEZ, Francisco (coord.), *La regulación del mercado de valores y de las Instituciones de Inversión Colectiva*, Madrid, 2021, pp. 809-831.
- MIRANDA SERRANO, Luis, «Las instituciones de inversión y financiación colectiva», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, y DÍAZ MORENO, Alberto (coord.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 25.^a ed., Madrid, 2022, pp. 406-414.
- NIETO CAROL, Ubaldo (dir.), *La digitalización en el Derecho de sociedades. Estudios de Derecho de sociedades. Colegio Notarial de Valencia*, Valencia, 2023.
- NOVAL PATO, Jorge, *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, Cizur Menor, 2012.
- «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de pactos omnilaterales. Comentario a la sentencia 300/2022, de 7 de abril», *RdS*, 2022, pp. 147-178.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, «Artículos 19-33», en ARROYO, Ignacio; EMBED IRUJO, José Miguel, y GÓRRIZ, Carlos (coord.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, 2.^a ed., I, Madrid, 2008, pp. 251-401.

- RONCERO, Antonio, «Los inversores institucionales y el llamado “gobierno corporativo”», en ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999, pp. 665-703.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel, *Las causas de nulidad de las sociedades de capital*, Cizur Menor, 2007.
- SCHULZ, Fritz, *Principios de Derecho romano*, 2.^a ed. (traducción española de Manuel Abellán Velasco), Madrid, 2002.
- TAPIA HERMIDA, Alberto, «Régimen jurídico de las entidades de capital riesgo», en URÍA FERNÁNDEZ, Francisco (coord.), *La regulación del mercado de valores y de las Instituciones de Inversión Colectiva*, Madrid, 2021 pp. 1003-1025.
- TRÍAS SAGNIER, Miguel, *Los inversores institucionales y el gobierno de las grandes sociedades*, Madrid, 1998.

Inclusión en ficheros de morosos: cuatro sentencias de Pleno de 20 y 21 de diciembre de 2022 con las que el Tribunal Supremo ha sentado doctrina*

NIEVES ROJANO MARTÍN

Contratada predoctoral FPU de Derecho civil
Universidad de Málaga

RESUMEN

La inclusión de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones de pago en sistemas de información crediticia es una de las materias que más litigiosidad ha provocado en los últimos años. El Tribunal Supremo, ante las dificultades que estaba generando la aplicación de los criterios jurisprudenciales existentes en este ámbito –especialmente, a raíz de la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (LO 3/2018)–, ha precisado dichos criterios mediante cuatro sentencias de Pleno, despejando las dudas interpretativas que estaban surgiendo al respecto. En particular, con estas cuatro decisiones el Tribunal Supremo ha venido a clarificar los requisitos que han de observarse para comunicar datos personales concernientes a impagos a un fichero o registro de morosos, prestando especial atención a la exigencia de requerimiento previo de pago y perfilando su doctrina sobre el carácter recepticio de éste.

PALABRAS CLAVE

Fichero de morosos, datos personales, derecho al honor, solvencia patrimonial, incumplimiento de obligaciones dinerarias, requerimiento previo de pago.

* Este trabajo es resultado del proyecto de investigación PID2020-114919GB-I00, «Mecanismos de justicia contractual: causa y buena fe», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Inclusion in files of defaulters: four judgments of the Plenary of 20 and 21 December 2022 with which the Supreme Court has established its doctrine

ABSTRACT

The inclusion of personal data relating to the non-fulfilment of payment obligations in credit information systems is one of the matters that has given rise to most litigation in recent years. The Supreme Court, faced with the difficulties that the application of existing case law criteria in this area was generating –especially following the entry into force of the new Organic Law on Personal Data Protection (LO 3/2018)– has clarified these criteria by means of four Plenary judgments, clearing up the interpretative doubts that were arising in this regard. In particular, with these four decisions, the Supreme Court has clarified the requirements that must be observed in order to communicate personal data concerning non-payments to a file or register of defaulters, paying special attention to the requirement of a prior request for payment and outlining its doctrine on the receptive nature of this.

KEYWORDS

File of defaulters, personal data, right to honour, financial solvency, non-fulfilment of monetary obligations, prior request for payment.

SUMARIO: I. Contexto de las sentencias.–II. Recorrido del pleito hasta el Tribunal Supremo. 1. STS núm. 945/2022 de 20 de diciembre. 1.1. Hechos litigiosos. 1.2 Decisión y fundamentación jurídica en primera y segunda instancia. 1.3 El debate casacional y la respuesta del Tribunal Supremo. 2. STS núm. 946/2022 de 20 de diciembre. 2.1 Hechos litigiosos. 2.2 Decisión y fundamentación jurídica en primera y segunda instancia. 2.3 El debate casacional y la respuesta del Tribunal Supremo. 3. STS núm. 959/2022 de 21 de diciembre. 3.1 Hechos litigiosos. 3.2 Decisión y fundamentación jurídica en primera y segunda instancia. 3.3 El debate casacional y la respuesta del Tribunal Supremo. 4. STS núm. 960/2022 de 21 de diciembre. 4.1 Hechos litigiosos. 4.2 Decisión y fundamentación jurídica en primera y segunda instancia. 4.3 El debate casacional y la respuesta del Tribunal Supremo.–III. Algunas cuestiones previas que enmarcan las controversias. 1. Requisitos de licitud del tratamiento de datos sobre solvencia patrimonial y crédito. 2. Consecuencias en el plano constitucional: intromisión ilegítima en el derecho al honor.–IV. Análisis conjunto de la doctrina jurídica fijada por el Tribunal Supremo. 1. La exigibilidad del requerimiento previo de pago. 2. El carácter recepticio de dicho requerimiento.–Bibliografía.–Listado de jurisprudencia citada.

I. CONTEXTO DE LAS SENTENCIAS

Bien puede decirse que los registros de solvencia patrimonial, a la par que han ido creciendo en importancia en la vida económica y en la concesión de crédito, se han convertido también en fuente de una grave conflictividad. Así, si es claro que representan hoy una herramienta indispensable para las empresas que se dedican a conceder financiación, en tanto que les permiten conocer la situación crediticia de sus clientes actuales o potenciales, y tomar decisiones con una mejor y más fundada evaluación de riesgos, es también innegable que son una fuente de violación del derecho al honor cuando esas entidades –desafortunadamente, con frecuencia– hacen un uso incorrecto de ellos¹.

En la práctica, la línea que separa el tratamiento lícito de los datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias y la vulneración de los derechos fundamentales de las personas incluidas en dichos registros se vuelve muy fina; tanto, que nuestros tribunales han tenido que pronunciarse reiteradamente sobre cuándo es correcta la inclusión en un fichero de morosos, habida cuenta de la posible vulneración del derecho al honor cuando no se respetan los requisitos legalmente previstos². Hasta ahora, las decisiones jurisprudenciales no arrojaban suficiente claridad sobre el asunto en cuestión, por lo que el Tribunal Supremo, consciente de la elevada litigiosidad que estaba suscitando este asunto y de la necesidad de matización de algunos criterios, ha querido sentar doctrina con cuatro sentencias de Pleno de la Sala Primera, que constituyen el objeto de este comentario: dos del día 20 de diciembre de 2022³ y otras dos del día 21 del mismo mes y año⁴.

¹ Uso incorrecto que puede obedecer a múltiples causas, que CHAPARRO MATAMOROS, *CCJC*, 2016, resume en las siguientes: la inclusión de una deuda que no corresponde a la persona que se ha indicado en el fichero –lo que, en muchos casos, se debe a una suplantación de identidad–, la comunicación de datos personales relativos a deudas que aún no han vencido o no resultan exigibles, deudas sobre cuya cuantía se discrepa, o deudas que no han sido requeridas por el acreedor con carácter previo.

² *Vid.*, sobre las cuestiones más destacables en materia de inscripciones en ficheros de morosos y derecho al honor sobre las que la jurisprudencia ha centrado recientemente su atención, URTASUN RODRÍGUEZ-ANDÍA; DELGADO HENDERSON, y ALARCÓN DÁVALOS, *DLL*, 2023.

³ SSTS, Sala de lo Civil (Pleno), núm. 945/2022 de 20 de diciembre (RJ 2022/5668; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena) y núm. 946/2022 de 20 de diciembre (RJ 2022/5586; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena).

⁴ SSTS, Sala de lo Civil (Pleno), núm. 959/2022 de 21 de diciembre (RJ 2022/5588; Ponente: Excmo. Sr. Antonio García Martínez) y núm. 960/2022 de 21 de diciembre (RJ 2022/5587; Ponente: Excmo. Sr. Antonio García Martínez). Una reseña de esta última sentencia puede verse en SILVESTRE ESCUDERO, *RAD*, 2023.

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 945/2022 de 20 de diciembre⁵ se centra en clarificar los requisitos de licitud del tratamiento de datos personales sobre solvencia patrimonial, intentando así cerrar el intenso debate jurisprudencial habido sobre la cuestión en los últimos años. En particular, esta sentencia pretende determinar la vigencia de los artículos 38 y 39 del Reglamento dictado en desarrollo de la derogada Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, referidos a los requisitos para la inclusión de datos en ficheros de solvencia patrimonial, una vez entrada en vigor la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, carente aún de desarrollo reglamentario propio. Por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 959/2022 y 960/2022, ambas de 21 de diciembre, además de reiterar la doctrina de la sentencia citada *supra* sobre ese último extremo, van más allá y proporcionan, como también hace la STS núm. 946/2022 de 20 de diciembre, las orientaciones necesarias para saber cuándo puede entenderse efectivamente cumplido el requisito de requerimiento de pago que exige la normativa, sentando doctrina sobre el carácter recepticio de este y la ausencia de necesidad de que se realice en forma fehaciente. Bien puede decirse, por tanto, que los requisitos para la inclusión de datos personales relativos a deudas en ficheros de solvencia patrimonial, y la efectividad y prueba del requerimiento previo de pago –que constituye, como se verá más adelante, el más controvertido de dichos requisitos– son los objetos fundamentales de las cuatro decisiones.

II. RECORRIDO DEL PLEITO HASTA EL TRIBUNAL SUPREMO

1. STS NÚM. 945/2022 DE 20 DE DICIEMBRE

1.1 Hechos litigiosos

El 5 de junio de 2019, don Luis María concertó con Wenance Lending de España S. A. (en lo sucesivo, Wenance) un contrato de préstamo. El capital prestado fue de 500 euros, a devolver en tres meses, en tres cuotas de 250 euros cada una –según la sentencia, la TAE era del 1138,69% (*sic*), dato que parece excesivamente

⁵ Sentencia reseñada por GÓMEZ FUENTES, *DLL*, 2023.

abultado por muy usurario que a la postre resultase el préstamo— y en el contrato se establecía que, en caso de impago de la deuda, los datos del cliente podrían ser comunicados por el prestamista a entidades de solvencia patrimonial y de crédito.

El prestatario solo pagó la primera cuota de 250 euros, por lo que Wenance comunicó los datos personales de don Luis María, asociados al impago del préstamo, al fichero Asnef-Equifax, y el 3 de diciembre de 2019 los datos se incluyeron en dicho fichero.

Don Luis María dirigió a Wenance un correo electrónico el 26 de octubre de 2020 en el que interesaba el reconocimiento de que el préstamo era nulo por usurario.

El 11 de enero de 2021 don Luis María interpuso una demanda contra la entidad prestamista en la que solicitó que se declarara la nulidad del préstamo por ser usurario. Tal demanda fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia, que declaró la nulidad del contrato de préstamo por usurario, quedando la parte actora obligada únicamente a devolver la parte de capital entregada y no devuelta.

Paralelamente, don Luis María interpuso demanda contra Wenance solicitando que se declarara que la inclusión de sus datos personales en el fichero Asnef constituía una vulneración ilegítima de su derecho al honor, se condenara a la entidad prestamista a indemnizarle por daños morales y se cancelara el tratamiento de sus datos, produciéndose dicha cancelación inmediatamente después de ser emplazada Wenance en estos litigios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, condenando a la entidad prestamista al pago de 3.000 euros. Contra la sentencia dictada en apelación, Wenance interpuso recurso de casación.

1.2 Decisión y fundamentación jurídica en primera y segunda instancia

El Juzgado de Primera Instancia fundamentó su decisión de desestimar la demanda en el hecho de que, al tiempo de producirse la inscripción de los datos del actor en el fichero de morosos, la deuda no era incierta con base a una discusión sobre su carácter usurario, pues la comunicación en la que el prestatario manifestaba su disconformidad a la prestamista y la posterior interposición de la demanda por usura tuvieron lugar varios meses después de la inclusión de los datos en el fichero de morosos, y la prestamista canceló el tratamiento de los datos cuando fue emplazada en este litigio. Además, el prestatario había sido advertido al celebrar el

contrato de la posibilidad de que sus datos fueran incluidos en un fichero sobre solvencia patrimonial, y la prestamista le requirió de pago antes de comunicar los datos al fichero Asnef.

En cambio, la Audiencia Provincial entendió que procedía condenar a la entidad prestamista al considerar: (i) que la cuantía de la deuda por la que se incluyó al demandante en el fichero de morosos fue incorrecta, pues el préstamo era usurario, por lo que el prestatario solo adeudaba el importe del capital prestado, no los elevados intereses que también fueron incluidos en el fichero, sin que fuera óbice el hecho de que el demandante aún no hubiera protestado; (ii) que el artículo 20 de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, no había derogado el artículo 38.1.c) del Real Decreto 1720/2007, en que se aprobaba el Reglamento de desarrollo de la anterior Ley, y que, en consecuencia, el tratamiento de los datos fue ilícito, porque al requerir de pago al deudor no se le advirtió de que sus datos podían ser comunicados a un fichero sobre solvencia patrimonial; (iii) y que la advertencia sobre este particular hecha al contratar el préstamo no se ajustó a lo exigido en dicho artículo 20 de la nueva Ley Orgánica 3/2018, porque no mencionaba los sistemas comunes de información crediticia en los que participaba el acreedor.

1.3 El debate casacional y la respuesta del Tribunal Supremo

El recurso de casación interpuesto por Wenance se fundó, como motivo único, en la infracción del artículo 20, apartados 1.b) y 1.c) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en relación con el artículo 18.1 y 4 de la CE y del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En dicho artículo 20, apartados 1.b) y 1.c) de la citada Ley Orgánica 3/2018 se establece lo siguiente:

«1. Salvo prueba en contrario, se presumirá lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan los siguientes requisitos: [...]

b) Que los datos se refieran a deudas ciertas, vencidas y exigibles, cuya existencia o cuantía no hubiese sido objeto de reclamación administrativa o judicial por el deudor o mediante un pro-

cedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes.

c) *Que el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquéllos en los que participe.*

La entidad que mantenga el sistema de información crediticia con datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito deberá notificar al afectado la inclusión de tales datos y le informará sobre la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, permaneciendo bloqueados los datos durante ese plazo».

En el desarrollo del motivo, la recurrente impugnó la afirmación de la Audiencia Provincial según la cual el carácter usurario del préstamo entrañaba que la deuda no fuera cierta, vencida y exigible. La entidad prestamista argumentó que cuando los datos del demandante se comunicaron al sistema de información crediticia no se había iniciado el litigio en el que se dictó la sentencia que declaró que el préstamo era usurario ni el deudor le había dirigido comunicación alguna, por lo que la deuda era pacífica.

Asimismo, Wenance afirmó que el Real Decreto 1720/2007, que aprobó el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, fue derogado por la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, pues esta dejó sin efecto la Ley Orgánica 15/1999, que era desarrollada por aquel reglamento. Por tal razón, consideró que el requisito del requerimiento previo de pago de los artículos 38 y 39 de dicho reglamento no era exigible.

El Tribunal Supremo, por su parte, consideró que la alegación del carácter usurario de la deuda con posterioridad a su inclusión en el fichero de morosos no privaba a dicha deuda de su carácter de cierta, vencida y exigible. Además, si bien entendió que continuaba vigente el requisito de requerimiento de pago previo a la inclusión en el fichero de morosos, comprobó que ese requerimiento se había producido por la entidad acreedora, declarando en cambio derogado por la Ley Orgánica 3/2018 el requisito de que en dicho requerimiento se hiciese mención en todo caso a la posible comunicación de los datos a ficheros de solvencia patrimonial, pues dicha previsión podía recogerse también en el momento de contratar, como precisamente había sucedido en el caso. Finalmente, entendió que el hecho de que no se comunicase al contratar en qué ficheros de información crediticia participaba el acreedor no coadyuvaba en

sí a la vulneración del derecho al honor, sin perjuicio de que pudiera ser tomado en cuenta para fijar la cuantía de la indemnización si tal circunstancia agravara las consecuencias de una intromisión ilegítima en el derecho al honor. En consecuencia, el Tribunal Supremo revocó la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmó la de primera instancia. Se tratará sobre ello con amplitud, recogiendo su argumentación, al resumir la doctrina de todas las sentencias del Tribunal Supremo objeto del presente comentario en el epígrafe IV.

2. STS NÚM. 946/2022 DE 20 DE DICIEMBRE

2.1 Hechos litigiosos

El origen de este litigio se encuentra en la comunicación por Caixabank, S. A. (en lo sucesivo, Caixabank) de los datos personales de D.^a Tania al fichero de morosos Asnef-Equifax por una deuda de 1.182,05 euros, correspondiente a un préstamo concedido por Caixabank a la Sra. Tania, que había resultado impagado.

Doña Tania interpuso una demanda contra Caixabank en la que solicitó que se declarara que el tratamiento de sus datos personales por Caixabank, al comunicarlos al fichero de morosos, constituyó una vulneración de su derecho al honor.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda. La demandante apeló dicha sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. Contra la sentencia dictada en segunda instancia, Caixabank interpuso recurso de casación.

2.2 Decisión y fundamentación jurídica en primera y segunda instancia

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque consideró probada la existencia de la deuda, así como que Caixabank había formulado varios requerimientos de pago antes de comunicar los datos al fichero.

Por el contrario, la Audiencia Provincial, si bien entendió que no podía admitirse la impugnación respecto del carácter incierto de la deuda porque en la demanda no se había cuestionado adecuadamente este extremo, estimó que no había quedado acreditado que Caixabank hubiera requerido de pago a la prestataria antes de comunicar sus datos al fichero común. Argumenta así la sentencia: «[...] *no se entiende cumplido el requisito de requerimiento previo de pago, ya*

que lo único que es colegible de la documentación incorporada por la parte demandada es el envío masivo de notificaciones a supuestos deudores, pero no se acredita la recepción de las mismas por los destinatarios por no devolverse dichas notificaciones, con lo que no cabe utilizar el procedimiento presuntivo al estar desprovisto del menor referendo demostrativo el hecho base de que ha de partirse para presumir la recepción. En este sentido se han pronunciado las SSTs de 19/11/2019, 11/12/2020 y 10/12/2021, siendo llano que ha de exigirse rigor probatorio en orden a la acreditación de que las comunicaciones fueron recibidas por sus destinatarios al postularse la tutela de un derecho fundamental como es el derecho al honor».

2.3 El debate casacional y la respuesta del Tribunal Supremo

El recurso de casación interpuesto por Caixabank se fundó en la infracción del artículo 20.1.c) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2013⁶ y 2 de febrero de 2022⁷.

Al desarrollar el motivo, la entidad prestamista adujo que no debía obligarse a que se acreditase fehacientemente la recepción de la notificación del requerimiento al que se refiere el artículo 20.1.c) de la Ley Orgánica 3/2018, pues no era coherente con el tenor literal de la norma, ni tampoco con la doctrina contenida en las dos sentencias citadas. La recurrente cuestionó que la sentencia recurrida exigiese la prueba específica de la recepción del requerimiento previo y negase la posibilidad de acudir a la prueba de presunciones, y argumentó: «[l]a sentencia recurrida conculca el artículo 20.1.c) LOPD al exigir prueba específica de la recepción del requerimiento, cuando la norma que invocamos como infringida, exige la información acerca de la posibilidad de inclusión en ficheros ya sea en el contrato (circunstancia que concurre en la presente litis), o en el requerimiento de pago, pero no exige tal requerimiento se realice en forma fehaciente».

El Tribunal Supremo, sin embargo, y frente a todos esos argumentos, desestimó el recurso de casación, manteniendo la decisión de la Audiencia Provincial y confirmando, por tanto, la necesidad de que resulte probada la recepción del requerimiento previsto en

⁶ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 13/2013 de 29 de enero (RJ 2013/1835; Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos).

⁷ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 81/2022 de 2 de febrero (RJ 2022/625; Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez).

el artículo 20.1.c) de la Ley Orgánica 3/2018, por tratarse de una comunicación recepticia. Ello no implica, empero, que tal requerimiento deba realizarse por un medio fehaciente, por más que así se facilite la prueba de su recepción; por el contrario, es posible, además, acudir a la prueba de presunciones para acreditar dicha recepción, siempre que no falte, a diferencia de lo que ocurre en el caso –y aquí es donde radica el decaimiento del recurso–, la prueba del hecho base de que ha de partirse para presumir la referida recepción. Sobre ello se volverá en el epígrafe VI, donde se expone con detalle la doctrina emanada de las cuatro sentencias del Tribunal Supremo aquí comentadas.

3. STS NÚM. 959/2022 DE 21 DE DICIEMBRE

3.1 Hechos litigiosos

El 1 de octubre de 2018, don Everardo interpuso una demanda frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (en adelante, BBVA) por infracción de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que la desarrolla (RLOPD), así como por vulneración de su derecho al honor al haber introducido la demandada sus datos en el fichero de información de solvencia patrimonial y crédito Asnef/Equifax.

BBVA se opuso a la demanda y el Juzgado de Primera Instancia, tras analizar los documentos obrantes en los autos, la desestimó, con imposición de costas al demandante. Don Everardo recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó su recurso, confirmando la sentencia impugnada y condenando al demandante-apelante al pago de las costas de la apelación. Contra la sentencia dictada en apelación, don Everardo interpuso recurso de casación.

3.2 Decisión y fundamentación jurídica en primera y segunda instancia

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar acreditado que la demandada había efectuado una reclamación previa al demandante, por el impago de dos préstamos, en la que le advertía de su posible inclusión en ficheros de morosos si no la saldaba.

En la sentencia de segunda instancia, en relación con los requisitos necesarios para la inclusión de los datos, se resaltó el carácter esencial del requerimiento previo de pago, pero advirtiendo que: «[...] el Reglamento no exige que [...] dicho requerimiento] se realice en forma fehaciente, por lo que se trata de un hecho en cuya acreditación han de tenerse en cuenta todas las normas sobre valoración de la prueba contenidas en el artículo 207 de la Ley de enjuiciamiento civil [...]». A continuación, la Audiencia Provincial anotó el siguiente razonamiento: «En este sentido, la resolución recurrida cita de manera pertinente la STS n.º 13/2013, de 29 de enero, cuando declara «que, a efectos de la normativa de protección de datos, lo que se exige es la notificación y requerimiento de pago, no exigiéndose, como a efectos procesales para evitar un nuevo requerimiento, que este se haga en forma fehaciente, siendo admisibles otros medios, como el usado en este caso, esto es, el correo ordinario, y si bien es cierto que la carga de probar la notificación incumbe a la entidad crediticia, no es menos cierto que esta ha conseguido acreditar, si no la fecha exacta de recepción por parte de los demandantes, sí desde luego que los requerimientos se enviaron a sus domicilios y no fueron devueltos, lo que constituye un indicio suficiente para estimar cumplido el requisito exigido por la normativa antedicha». En el mismo sentido se ha pronunciado este tribunal en sentencias de 10 de mayo de 2017, 16 de octubre de 2019 y 20 de mayo de 2020, que en circunstancias análogas han considerado suficientes bien los requerimientos de pago remitidos por correo ordinario por la propia entidad bancaria al domicilio del deudor con el apercibimiento expreso de la posible comunicación de los datos a ficheros de terceros (aquí acreditado a los folios 58-64) bien la comunicación de los mismos por un servicio gestor de correo dependiente de la titular del fichero que certifica también la no constancia de la devolución (folios 81-103), considerando el tribunal en definitiva que este conjunto documental constituye un serio principio de prueba de la notificación reglamentaria que correspondía desvirtuar a la parte interesada, con alegación cuando menos de algún motivo razonable para que tales comunicaciones no hubieran llegado a su destino, y así lo ha entendido con toda corrección el Juzgado».

3.3 El debate casacional y la respuesta del Tribunal Supremo

El recurso de casación interpuesto por don Everardo se fundó, como motivo único, en «[...] la infracción de normas aplicables

para resolver las cuestiones objeto del proceso, en concreto los artículos 38 y 39 del RDLOPD y, en consecuencia, el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, siendo susceptible de recurso atendiendo al ordinal 1.º del artículo 477.2 de la LEC, es decir, la sentencia se dicta para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, el derecho al honor (art. 18.1 CE)».

En su desarrollo se alegó: (i) que la Audiencia Provincial no había valorado adecuadamente el requerimiento previo de pago advirtiendo de la inclusión y que este extremo tenía gran importancia por cuanto era lo que determinaba la intromisión ilegítima del derecho al honor del apelante; (ii) que el requerimiento previo de pago había de contener la advertencia de inclusión y no había prueba en autos que acreditase ese extremo; (iii) que el Tribunal de apelación no había desarrollado qué le había llevado a entender acreditado el requerimiento de pago; (iv) que no cabía considerar que había quedado acreditada la recepción del requerimiento previo de pago, que no es una carta sin más, sino que ha de advertir al deudor de la inminente inclusión si no efectúa el abono; (v) y que no podía pretenderse que un simple documento que lo único que recogía es el envío ordinario de una serie de cartas a multitud de destinatarios, sin referencia al contenido, ni del destinatario y en el que no constaba la recepción, constituyese plena prueba de que BBVA había cumplido con su obligación legal.

La recurrida se opuso al recurso argumentando: (i) que la Audiencia Provincial había tenido en cuenta todas las normas de valoración de la prueba, resolviendo que la documentación aportada en autos constituía un indicio suficiente para estimar cumplido el requisito por la normativa y que el Reglamento no exige que el requerimiento se realice de forma fehaciente, siendo, por tanto, admisibles otros medios, como el usado en ese caso, esto es, el correo ordinario, habiendo conseguido acreditar la entidad crediticia que los requerimientos de pago se enviaron a sus domicilios y no fueron devueltos; (ii) que *«no existe ningún precepto legal que establezca que el requerimiento de previo de pago deba realizarse mediante comunicación fehaciente [...]»* y que la jurisprudencia establece que *«[e]l requerimiento podrá acreditarse por cualquier medio de prueba y también a través de indicios [...]»*; (iii) que con arreglo al artículo 20 de la actual LO 3/2018, de 5 de diciembre, *«[e]l requisito [...] necesario (entre otros) para incluir datos personales de una persona física en un fichero de solvencia, es que se le haya advertido del posible tratamiento de sus datos con estos efectos, y no el requerimiento previo de pago de la deuda informada»*; (iv) y que las alegaciones practicadas de contrario

sobre que le denegaron la financiación de un arreglo bucal carecían del menor soporte probatorio, no pudiendo sustentar la referida afirmación ni siquiera por las consultas al fichero. Asimismo, BBVA adujo que figuraban informadas en el fichero Asnef otras deudas, por lo que la inclusión realizada no perjudicaba o menoscababa la dignidad de la parte recurrente.

El fiscal, por su parte, alegó que la sentencia recurrida había aplicado con corrección los preceptos cuya infracción se denunciaba, entendiendo que «[...] *el fundamento del recurso de casación es la alegación de error en la valoración de la prueba [...], en concreto, error en la conclusión de la Audiencia en cuanto a que se realizó el requerimiento [y, por lo tanto,] que el recurrente debió encauzar su impugnación mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, al no ser factible impugnar la valoración probatoria que realiza la Audiencia por medio del recurso de casación [...]*». A lo anterior añadió que, en todo caso, aunque se admitiese la posibilidad de impugnar a través del motivo de casación la conclusión de la Audiencia de que se había cumplido con las exigencias del requerimiento, entendía que en el supuesto concurrían elementos que justificaban la decisión de la sentencia impugnada.

El Tribunal Supremo, al entender que la aplicación por la Audiencia Provincial de las normas citadas como infringidas a los hechos establecidos como probados había sido correcta y acorde con su doctrina jurisprudencial, desestimó el recurso de casación, reafirmando, en consecuencia, la ausencia de necesidad de acreditar fehacientemente la recepción del requerimiento previo de pago y aclarando que, si bien dicho requerimiento resulta exigible, no tiene por qué contener la información de la posibilidad de inclusión en registros de morosos, sino que esta advertencia puede realizarse tanto al celebrarse el contrato como en el momento de requerir el pago. Se retomarán estas cuestiones en el epígrafe IV, al tratar sobre la argumentación jurídica del Tribunal Supremo en el conjunto de decisiones que constituyen el objeto del presente comentario.

4. STS NÚM. 960/2022 DE 21 DE DICIEMBRE

4.1 HECHOS LITIGIOSOS

El 6 de septiembre de 2020, doña Concepción interpuso una demanda contra Heimondo, S. L., por intromisión ilegítima en su

derecho al honor al haber introducido sus datos en el fichero de información de solvencia patrimonial y crédito Asnef/Equifax por una deuda inexistente.

La demandada se opuso a la demanda y el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimándola. D.^a Concepción interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia impugnada y condenando a la demandante- apelante al pago de las costas de la apelación. Al discrepar de la decisión, D.^a Concepción interpuso un recurso de casación, al que se opusieron tanto la recurrida como el fiscal.

4.2 Decisión y fundamentación jurídica en primera y segunda instancia

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda al considerar: (i) que, en contra de lo que había manifestado en ella, la demandante conocía perfectamente la existencia de la deuda frente a la entidad demandada y que no había constancia de que esta fuera dudosa, no pacífica o que estuviera sometida a litigio; (ii) y que, aunque no se había acreditado que la carta de requerimiento de pago hubiera sido debidamente entregada a la demandante, el requerimiento previo de pago sí se podía considerar acreditado de forma bastante por las copias de los emails remitidos los días 8 de febrero y 8 de marzo de 2019 a su nombre a la dirección de correo electrónico que ella misma había proporcionado a la demandada al concertar el contrato de préstamo del que traía causa la deuda reclamada, y cuya eficacia probatoria no cabía considerar desvirtuada a través de una impugnación de carácter puramente genérico.

La Audiencia Provincial, expresando su coincidencia con el juicio de hecho y de derecho de la sentencia de primera instancia, consideró probado el requerimiento previo de pago como resultado de la conjunta y lógica ponderación de los documentos atinentes al contrato de préstamo concertado entre las partes vía internet, a la información en él contenida (cuya falsedad no constaba acreditada) y a la remisión de los dos emails mencionados en la sentencia de primera instancia a la misma dirección de correo electrónico utilizada para la concertación y aprobación del préstamo señalado. A lo anterior, la Audiencia Provincial añadió, por un lado, que la demandante no había demostrado –pese a su mayor facilidad probatoria–, que dicha dirección de correo no le perteneciera o que hubiera sido cancelada con anterioridad al envío de los emails o que no hiciera uso de ella; y, por otro lado, que la cantidad comunicada al fichero

Asnef/Equifax por la demandada coincidía con la que le había reclamado en un proceso monitorio en el que la demandante no se opuso ni planteó objeción alguna en la ejecución que se despachó contra ella.

4.3 El debate casacional y la respuesta del Tribunal Supremo

El recurso de casación interpuesto por doña Concepción se fundó en un motivo único en el que se denunciaba la vulneración del artículo 18.1 CE en relación con el artículo 38.1.c) RLOPD y la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 11 de diciembre de 2020⁸ y de 10 de diciembre de 2021⁹, al considerar la sentencia recurrida cumplido el requisito del requerimiento de pago previo a la inclusión sin que constase garantía de recepción de la referida reclamación.

En el desarrollo del motivo, la recurrente criticó que la Audiencia Provincial considerase que dos meras impresiones de correos electrónicos, presuntamente enviados, uno el 8 de febrero de 2019, y el otro el 8 de marzo de 2019 a la dirección que constaba en el contrato, los cuales no fueron entregados, constituían prueba suficiente para revertir la carga probatoria atribuida legalmente a la entidad acreedora y dar por cumplido el requisito del requerimiento de pago previo a la inclusión. Asimismo, D.^a Concepción adujo que la sentencia recurrida iba totalmente en contra de la interpretación que realiza el Tribunal Supremo sobre el requisito del requerimiento previo de pago del artículo 38.1.c) del Real Decreto 1720/2007, al dar validez a dos correos electrónicos que, además, y aunque hubiesen sido remitidos a la dirección que constaba en el contrato, no acreditaba su recepción, pudiendo haber sido directamente dirigidos por el servidor a la carpeta de *spam* o correo no deseado, no haber sido leídos o, en definitiva, infinidad de variables que adquirirían más verosimilitud si se tenía en consideración su edad y carencia de conocimientos tecnológicos.

La recurrida se opuso al recurso alegando, con carácter previo, que el artículo 38 RLOPD carecía de aplicación, puesto que la ley que regía en el caso era la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, por lo que se debía estar a lo establecido por su artículo 20.1.c), que da la opción de informar al cliente de la potencial inscripción en fiche-

⁸ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 672/2020 de 11 de diciembre (RJ 2020/5437; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas).

⁹ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 854/2021 de 10 de diciembre (RJ 2022/158; Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg).

ros de solvencia patrimonial en el momento de la suscripción del contrato –lo que se hizo en el caso– y que no exige que la inclusión venga precedida de un requerimiento de pago. Adujo, además, que era palpable que la finalidad del recurso era una nueva valoración probatoria; que la recurrente no había pagado, pese a ser consciente de la deuda y no cuestionar su existencia, alcance o exigibilidad; y que el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales para la inscripción, con independencia de que se aplicase lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 3/2018 o en los artículos 38 y 39 RLOPD, junto con la conducta totalmente pasiva de la deudora, obligaba a concluir que no había podido existir una vulneración de su derecho al honor.

El fiscal, por su parte, entendió que el recurso de casación no era apto para combatir si se había producido o no el requerimiento, pues la Audiencia Provincial lo declaraba acreditado y, como regla general, si la valoración de las pruebas practicadas lleva a los tribunales de instancia a concluir que el requerimiento fue practicado y recibido, esa conclusión probatoria no tiene acceso al recurso de casación, y solo de forma excepcional puede ser revisada a través del recurso extraordinario por infracción procesal. A lo anterior añadió el fiscal que, en cualquier caso, concurrían elementos que justificaban la decisión de la sentencia impugnada: (i) el caso no trataba de un supuesto de simples envíos masivos de cartas sin constancia de recepción o contenido; (ii) la Audiencia Provincial consideraba que había habido una remisión de emails al correo electrónico designado y que no existía ninguna constancia de que dicha dirección no fuera operativa; (iii) el Tribunal Supremo ha estimado válido el requerimiento mediante correo electrónico (en este sentido, citó la sentencia de 30 de mayo de 2022¹⁰) y, además, no exige una comunicación certificada o fehaciente, sino que admite otros medios probatorios (en esta línea, mencionó las ya citadas sentencias de 2 de febrero de 2022 y de 30 de mayo de 2022); (iv) en el contrato suscrito entre las partes se preveía que las notificaciones entre ellas se realizaran a través del correo electrónico designado por la prestataria; (v) en la reciente sentencia de 14 de septiembre de 2022¹¹, dictada resolviendo un recurso de casación interpuesto también por la recurrente, se admite la prueba del requerimiento previo de pago a través de diversos medios (en el caso concreto se admitió a través de SMS y de la dirección de correo electrónico designada al celebrar el contrato); (vi) y el moti-

¹⁰ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 436/2022 de 30 de mayo (RJ 2022/2429; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas).

¹¹ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 604/2022 de 14 de septiembre (RJ 2022/4197; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena).

vo del recurso introducía elementos fácticos de refuerzo no tenidos por probados en la sentencia recurrida. Finalmente, el fiscal señaló que, sin necesidad de entrar a analizar si debía estimarse derogada la previsión del requerimiento previo obligatorio contenida en el RLOPD, cuando se celebró el contrato de préstamo del que traía causa la deuda en la que se fundamentó la inclusión de los datos aún no estaba en vigor la nueva LO 3/2018. A su juicio, por tanto, el contrato se regía por la normativa anterior en cuanto a la necesidad de requerimiento, de lo que se seguía que la advertencia contenida en el contrato de inserción en el registro de morosos en caso de impago no permitía prescindir del requerimiento previo a la inclusión.

El Tribunal Supremo, considerando correcta y acorde con su doctrina jurisprudencial la aplicación por la Audiencia Provincial de las normas citadas como infringidas a los hechos establecidos como probados, desestimó el recurso de casación, confirmando, por tanto, la exigibilidad del previo requerimiento de pago para que la inclusión de datos personales en ficheros de morosos sea lícita –pudiendo la información de la posibilidad de inclusión efectuarse en el contrato o en el momento de requerir el pago al afectado– y rechazando que sea necesaria, de cara a la validez de dicho requerimiento, la fehaciencia de su recepción. Al igual que en el caso de las anteriores sentencias aquí comentadas, será en el epígrafe IV donde se analizará de manera exhaustiva esta doctrina.

III. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS QUE ENMARCAN LAS CONTROVERSIAS

Antes de entrar en el fondo del asunto y en el análisis de la postura adoptada por el Tribunal Supremo en el conjunto de decisiones, conviene aclarar algunas cuestiones que sirven para comprender mejor los ejes alrededor de los cuales se articulan las sentencias objeto del presente comentario.

Como punto de partida, es preciso definir qué es un fichero de morosos. El artículo 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCCC) lo configura como un instrumento al servicio del prestamista para evaluar la solvencia del consumidor con carácter previo a la celebración del contrato, pero no dice qué tipo de datos –que ayudan a analizar el comportamiento crediticio del solicitante de créditos– se incluyen en dichos registros. Para conocer este último extremo, hay que acudir al artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre,

de Protección de Datos de Carácter Personal –derogada por la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo, LOPDGDD)–, al que el propio artículo 14 LCCC remite. En efecto, dicho artículo 29 establecía que quienes se dedicasen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito podrían tratar datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actuase por su cuenta o interés. Tratándose de un fichero de morosos, esto es, de personas que tienen deudas impagadas, resulta obvio que no se van a incluir allí datos de carácter personal relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias, pues en tal caso no se estaría ante un moroso. Es decir, no se trata de evaluar la solvencia de un cliente –real o potencial– en general, valorando toda la actividad crediticia de este, sino en un sentido negativo, atendiendo únicamente a aquellos datos que indican un comportamiento defectuoso en la observancia de las obligaciones de pago. En suma, cabría definir los ficheros de morosos como aquellos registros en los que se recogen datos de carácter personal relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias que, habiendo sido proporcionados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés, sirven para que el prestamista pueda evaluar la solvencia del potencial prestatario y tomar una decisión acerca de la concesión a este de financiación.

Actualmente, los ficheros de morosos se encuentran regulados, bajo la denominación de «sistemas de información crediticia», en el artículo 20 LOPDGDD, cuyo apartado primero admite, sobre la base de una presunción *iuris tantum*, el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito siempre que se cumplan una serie de requisitos. Ello no impide que el tratamiento de este tipo de datos también pueda ser lícito en aquellos supuestos en que no se hayan observado escrupulosamente las exigencias legalmente previstas, pero, en estos casos, al no operar la presunción de licitud, habrán de ponderarse los intereses afectados¹². Como se verá más adelante, el referido precepto y los requisitos que recoge constituyen el eje central de la polémica sobre la que versan las sentencias objeto del presente comentario.

Si bien estos registros resultan de gran utilidad para las entidades que se dedican a conceder financiación, por cuanto les permiten conocer si la persona con la que se plantean establecer relaciones crediticias es patrimonialmente solvente, la inclusión en dichos

¹² BERROCAL LANZAROT, 2019, p. 100.

ficheros de datos de carácter personal –que, en todo caso, debe respetar la normativa sobre protección de este tipo de datos– hace que exista un riesgo de vulneración del derecho al honor, lo que se produce cuando el tratamiento de los datos se realiza de manera ilegítima, como un simple instrumento de presión para lograr el cobro de la deuda. Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Supremo, que en diversas sentencias ha declarado que «*la inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que estiman pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos, evitando con tal práctica los gastos que conllevaría la iniciación del correspondiente procedimiento judicial, muchas veces superior al importe de las deudas que reclaman*»¹³.

En definitiva, aunque es claro que los ficheros de morosos constituyen una herramienta que contribuye al buen funcionamiento del sistema crediticio, en particular, y a la salud de la economía, en general, la función a la que sirven está rigurosamente definida, de manera que una desviación en ese uso específicamente determinado puede suponer una intromisión ilegítima en el honor de quien se haya visto afectado.

1. REQUISITOS DE LICITUD DEL TRATAMIENTO DE DATOS SOBRE SOLVENCIA PATRIMONIAL Y CRÉDITO

El artículo 20.1 de la actual Ley Orgánica de protección de datos personales recoge los requisitos que deben cumplirse para que el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia sea lícito¹⁴.

El primero de los mencionados requisitos se contiene en el apartado a) del citado artículo 20.1 LOPDGDD y hace referencia a la necesidad de que los datos hayan sido facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En realidad, este condi-

¹³ Vid., por todas, STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 174/2018 de 23 de marzo (RJ 2018/1151; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena).

¹⁴ Se trata, como ya se ha apuntado, de una presunción de licitud *iuris tantum*, extremo en el que MAS BADIÁ, AC, 2018, parece ver una diferencia con la regulación anterior (Ley Orgánica 15/1999) –en particular, en lo que se refiere al análisis de la calidad de los datos–, en cuyo artículo 29 no se establecía, al menos, expresamente, dicha presunción, sino que simplemente se decía que podrían tratarse datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones siempre que se realizara en la forma prevista en dicho precepto.

cionante ya se recogía en el artículo 29 de la anterior Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal, del que es heredero –ahora más explícito y detallado– el vigente artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2018. En efecto, los registros de morosos no constituyen un servicio público, de manera que han de ser los acreedores los que, de forma voluntaria, proporcionen la información relativa a impagos de sus clientes.

El segundo requisito es que *«los datos se refieran a deudas ciertas, vencidas y exigibles, cuya existencia o cuantía no hubiese sido objeto de reclamación administrativa o judicial por el deudor o mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes»* [art. 20.1.b) LOPDGDD]. En este sentido, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018 señala que los datos que se incluyan en registros de morosos deben ser ciertos y exactos. Pero no basta con el cumplimiento de esos requisitos para satisfacer las exigencias del llamado principio de calidad de los datos en este tipo de registros. Hay datos que pueden ser ciertos y exactos sin ser por ello pertinentes, pues no son determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados, entendida como imposibilidad o negativa infundada a pagar la deuda. Cuando se trata de ficheros relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, señala la referida sentencia –y otras, como las SSTs de 29 de enero de 2013 anteriormente citada, 19 de noviembre de 2014¹⁵, 22 de diciembre de 2015¹⁶ y 20 de diciembre de 2022 (núm. 945/2022), aquí comentada–, *«la deuda debe ser, además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable, siendo necesario además el previo requerimiento de pago»*. Por tal razón, el Alto Tribunal entiende que *«no cabe incluir en estos registros datos personales por razón de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio»*. Y añade, en la misma sentencia, que *«para que concurra esta circunstancia en la deuda, que excluya la justificación de la inclusión de los datos personales en el registro de morosos, basta con que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza»*¹⁷. Si la deuda es objeto de controversia, porque el titular de los datos considera legítimamente que no debe lo que se le reclama, el Tribunal Supremo estima que la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afectado. En efecto, puede que la deuda resulte final-

¹⁵ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 672/2014 de 19 de noviembre (RJ 2014/6422; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena).

¹⁶ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 740/2015 de 22 de diciembre (RJ 2016/29; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena).

¹⁷ Véase el fundamento jurídico 3.º [3] de la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018.

mente cierta y, por tanto, pueda considerarse como un dato veraz, pero no era un dato pertinente y proporcionado a la finalidad del fichero automatizado, porque este no tiene por finalidad la simple constatación de las deudas, sino la solvencia patrimonial de los afectados. Por ello, señala la mencionada sentencia que *«solo es pertinente la inclusión en estos ficheros de aquellos deudores que no pueden o no quieren, de modo no justificado, pagar sus deudas, pero no aquellos que legítimamente discrepan del acreedor respecto de la existencia y cuantía de la deuda»* (F. 3 [3])¹⁸. Ahora bien, el hecho de que, ante una deuda legítimamente cuestionada por el deudor, el acreedor no pueda utilizar la inclusión de los datos de su cliente en un registro de morosos para presionarle a que pague dicha deuda, no implica que en todo caso se requiera una sentencia condenatoria firme para comunicar los datos a dicho registro, pues el registro de morosos no es un archivo de sentencias firmes condenatorias¹⁹.

En tercer lugar, para que la inclusión en un fichero de morosos de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito sea legítima es preciso, de acuerdo con el artículo 20.1.c) LOPDGDD, que *«el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquéllos en los que participe»*. Y añade el citado precepto que *«la entidad que mantenga el sistema de información crediticia con datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito deberá notificar al afectado la inclusión de tales datos y le informará sobre la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, permaneciendo bloqueados los datos durante ese plazo»*. De todo lo anterior se colige que, en todo caso, para que el acreedor pueda –a voluntad propia–, cuando tenga lugar una situación de impago que lo motive, ceder los datos relativos a la deuda a ficheros de solvencia patrimonial y crédito, es

¹⁸ Sobre esta cuestión, la STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 832/2021 de 1 de diciembre (RJ 2021/5285; Ponente: Excmo. Sr. Antonio García Martínez), declaró que, a efectos de considerar que la deuda no era cierta, no es relevante el cuestionamiento de la deuda hecho con posterioridad a su inclusión en el registro de morosos.

¹⁹ Así lo entiende la STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 114/2016 de 1 de marzo (RJ 2016/733; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena), que señala que no es necesario que exista una condena judicial firme para que los datos personales relativos a una deuda puedan ser comunicados a un fichero de los previstos en el artículo 29.2 LOPD. Y añade: *«Que los acreedores no puedan utilizar la inclusión de los datos de sus clientes en estos registros como método de presión para lograr el cobro de deudas discutidas (...) no significa que sea necesaria una condena judicial como requisito previo para poder incluir los datos de un deudor en uno de estos registros»* (F. 5 [5]).

imprescindible que haya cumplido con el deber de informar a la persona con la que haya establecido o pretenda establecer relaciones crediticias de que tales datos pueden ser incluidos en dichos ficheros. De lo contrario, aunque la deuda sea cierta, vencida, exigible y pacífica, la información sobre esta no podrá ser trasladada a ningún registro de morosos. Ahora bien, el verdadero problema gira en torno al requerimiento de pago al que alude la letra c) del artículo 20.1 LOPDGDD, pues la nueva ley ha supuesto un cambio con respecto a la anterior regulación que hace que se planteen algunos problemas interpretativos, problemas que son atajados –más adelante se verá cómo y en qué sentido– por el Tribunal Supremo en las cuatro sentencias que constituyen el objeto del presente comentario.

El cuarto requisito, recogido en la letra d) del citado precepto, es *«que los datos únicamente se mantengan en el sistema mientras persista el incumplimiento, con el límite máximo de cinco años desde la fecha de vencimiento de la obligación dineraria, financiera o de crédito»*. Por tanto, la deuda incluida en un fichero de morosos no puede haber nacido hace más de 5 años; de lo contrario, aunque, transcurrido ese plazo, el acreedor no haya conseguido cobrar todavía, los datos relativos a dicho impago dejarán de figurar en el referido registro. Conviene quizá señalar que este plazo máximo de permanencia de los datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito en un sistema de información crediticia es obra de la nueva Ley Orgánica de protección de datos personales, que ha reducido en un año el que contemplaba la anterior normativa.

Como quinta exigencia, el artículo 20.1.e) LOPDGDD dispone *«que los datos referidos a un deudor determinado solamente puedan ser consultados cuando quien consulte el sistema mantuviese una relación contractual con el afectado que implique el abono de una cuantía pecuniaria o este le hubiera solicitado la celebración de un contrato que suponga financiación, pago aplazado o facturación periódica, como sucede, entre otros supuestos, en los previstos en la legislación de contratos de crédito al consumo y de contratos de crédito inmobiliario»*. Es decir, que la información incluida en un fichero de morosos sobre un determinado deudor no es totalmente pública, sino que solo está disponible para aquellas empresas que se dedican a conceder financiación, y no en todo momento, sino únicamente cuando mantuviesen una relación crediticia con aquel o se estuviesen planteando establecerla a solicitud del interesado. Además de esta previsión, el citado precepto establece que si el afectado hubiese ejercitado ante el fichero de infor-

mación sobre solvencia patrimonial y crédito el derecho a la limitación del tratamiento de los datos impugnando su exactitud conforme a lo previsto en el artículo 18.1.a) del Reglamento (UE) 2016/679, el sistema informará a quienes pudieran consultarlo «*acerca de la mera existencia de dicha circunstancia, sin facilitar los datos concretos respecto de los que se hubiera ejercitado el derecho, en tanto se resuelve sobre la solicitud del afectado*». Por tanto, aunque la entidad financiera tenga derecho a consultar los datos que consten en un fichero de morosos sobre un cliente actual o potencial, si dicho cliente ha impugnado la exactitud de los datos que obran en poder del sistema de información de crediticia de que se trate y todavía no se ha resuelto el asunto en un sentido u otro, la entidad no obtendrá más comunicación de tal registro que la relativa al ejercicio por parte del cliente sobre el que se solicita información del derecho a la limitación del tratamiento de los datos.

El sexto y último requisito, que se contiene en la letra f) del artículo 20.1 LOPDGDD, es «*que, en el caso de que se denegase la solicitud de celebración del contrato, o éste no llegara a celebrarse, como consecuencia de la consulta efectuada, quien haya consultado el sistema informe al afectado del resultado de dicha consulta*». Luego, cuando la información obtenida del fichero de morosos sobre un determinado cliente –actual o potencial– sea el motivo por el que el contrato no se firme finalmente, la entidad financiera no puede dejar a dicho cliente sin una respuesta acerca de la razón por la que se ha decidido no concederle la financiación solicitada o por la que el contrato no ha llegado a celebrarse. Muy al contrario, debe, por mandato legal, informarle del resultado de la consulta al sistema de información crediticia que ha provocado la negativa, de tal forma que el cliente pueda ejercitar los derechos y acciones que le correspondan en caso de que considere que los datos que figuran en dicho sistema son inexactos o que la inclusión de sus datos en él es, por cualquier circunstancia, indebida.

2. CONSECUENCIAS EN EL PLANO CONSTITUCIONAL: INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO AL HONOR

Cuando se produce una inclusión ilegítima de datos personales en un fichero de morosos hay dos derechos fundamentales que se ven directamente afectados: el derecho a la protección de los datos personales y el derecho al honor²⁰.

²⁰ ESPÍN ALBA, *IUS*, 2020, p. 194.

El primero de estos derechos se recoge en el artículo 18.4 CE, que dispone que *«la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»*. La función de este derecho fundamental a la protección de datos ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional afirmando, en su sentencia de 30 de noviembre de 2000²¹, que persigue garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. Pero, como señala el propio Tribunal Constitucional, *«ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin»* (F. 6).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha perfilado las singularidades del derecho a la protección de datos indicando expresamente que *«su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad»*, puesto que *«el derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor; la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado»*. En consecuencia, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos que se deriva del artículo 18.4 CE *«no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos»* (STC de 30 de noviembre de 2000, F. 6). De lo anterior se deduce que los datos económicos y bancarios de una persona se encuentran dentro del ámbito de protección del artículo 18.4 CE²² y, por tanto, la inclusión indebida de alguno de esos datos en un sistema de información crediticia de los previstos en el artículo 20 LOPDGDD supondría una vulneración del derecho a la protección de los datos personales.

²¹ STC, Pleno, núm. 292/2000 de 30 de noviembre (RTC 2000/292; Ponente: Don Julio Diego González Campos).

²² Así lo entiende la STC, Sala Primera, núm. 96/2012 de 7 de mayo (RTC 2012/96; Ponente: Don Manuel Aragón Reyes).

El otro derecho fundamental que resulta conculcado cuando, erróneamente, sin que concorra veracidad, se comunican a un fichero de morosos datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito es, como ya se ha apuntado, el derecho al honor. Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Supremo, que considera que en estos casos se produce una intromisión ilegítima en tal derecho, *«por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación»*. Y señala, asimismo, que *«es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública, de manera que si, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 LPDH»* (STS de 6 de marzo de 2013²³, F. 4, con cita de la de 24 de abril de 2009²⁴, que reitera la doctrina sentada por la de 5 de julio de 2004²⁵).

Todo ello hace que la inclusión equivocada o errónea de datos de una persona en un registro de morosos revista gran trascendencia, por sus efectos y por las consecuencias negativas que de ello se pueden derivar hacia esta, de modo que la conducta de quien maneja estos datos debe ser de la máxima diligencia para evitar posibles errores. En suma, la información publicada o divulgada debe ser veraz, puesto que de no serlo debe reputarse contraria a la ley y, como acto ilícito, susceptible de causar daños a la persona a la que se refiere la incorrecta información. La veracidad de la información es, pues, el parámetro que condiciona la existencia o no de intromisión ilegítima en el derecho al honor, hasta tal punto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2004, mencionada *supra*, señala que la veracidad de los hechos excluye la protección del derecho al honor²⁶.

²³ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 176/2013 de 6 de marzo (RJ 2013/2587; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

²⁴ STS, Sala de lo Civil (Pleno), núm. 284/2009 de 24 de abril (RJ 2009/3166; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz).

²⁵ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 660/2004 de 5 de julio (RJ 2004/4941; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).

²⁶ Véase también el fundamento jurídico 4.º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2013, ya citada.

La doctrina sentada por la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2009 sobre la vulneración del derecho al honor como consecuencia de la inclusión indebida de datos personales en ficheros de morosos ha sido reiterada por diversas sentencias, como la de 25 de abril de 2019²⁷, 9 de septiembre de 2021²⁸ y 10 de diciembre de 2021, anteriormente citada. En todas ellas se afirma que la atribución a una persona de la condición de «moroso», y la comunicación de esta circunstancia a terceras personas, afecta al honor de la persona a la que se realiza la imputación, toda vez que la atribución de dicha condición «*genera una negativa valoración social, que atenta a la dignidad de la persona, menoscaba su fama y lesiona la autoestima*». No obstante, el artículo 20 de la vigente Ley Orgánica de protección de datos personales admite –al igual que hacía el artículo 29.2 de su predecesora– el tratamiento de datos de carácter personal relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés; pero, como ya se ha visto, la inclusión en un fichero de tal naturaleza está normativamente condicionada al cumplimiento de los correspondientes requisitos legales.

Esta observancia estricta de las prevenciones normativas exigidas guarda íntima relación con lo dispuesto el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando prevé que «*no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley [...]*». De lo establecido en tal precepto se obtienen dos inmediatas consecuencias: que la actuación «autorizada por la Ley» ampara la comunicación de los datos personales del supuesto «moroso» a un fichero sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias; mientras que, por el contrario, la ilegitimidad de la inclusión, por no respetarse los requisitos legales que la condicionan, afecta peyorativamente al núcleo tuitivo de tal derecho fundamental²⁹. El cumplimiento de la normativa que regula la protección de datos de carácter personal es, por tanto, determinante para decidir si, en el caso de inclusión de los datos de una persona física en un registro de morosos, la afectación del derecho al honor constituye o no una intromisión ilegítima. Si el tratamiento de los datos ha sido acorde con las exigencias de dicha legislación (es decir, si el

²⁷ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 245/2019 de 25 de abril (RJ 2019/1746; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena).

²⁸ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 592/2021 de 9 de septiembre (RJ 2021/4020; Ponente: Excmo. Sr. Antonio García Martínez).

²⁹ *Vid.*, el fundamento jurídico 2.º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2021, ya citada.

afectado ha sido incluido correctamente en el registro de morosos), no puede considerarse que se haya producido una intromisión ilegítima, porque la afectación del honor estaría «expresamente autorizada por la Ley»³⁰. En este punto, el Tribunal Supremo sigue el enfoque adoptado en su sentencia de 22 de enero de 2014³¹, que es la primera que otorga, para la apreciación de una posible vulneración del derecho al honor en este tipo de supuestos, un mayor protagonismo a la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal, en el sentido de que entiende que ha de analizarse primero si la inclusión en un fichero de morosos es realmente indebida, y que ello debe hacerse a la luz de la citada normativa y no meramente de la veracidad o falsedad de la información, tal y como venían haciendo las sentencias anteriores³².

IV. ANÁLISIS CONJUNTO DE LA DOCTRINA JURÍDICA FIJADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

La doctrina del Tribunal Supremo emanada de las cuatro sentencias que constituyen el objeto del presente comentario (SSTS núm. 945/2022 y 946/2022, ambas de 20 de diciembre, y SSTS núm. 959/2022 y 960/2022, ambas de 21 de diciembre) gira, fundamentalmente, en torno a una cuestión de gran relevancia en el ámbito de los contratos de préstamo, en particular, en lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento por el deudor de su obligación de pago: la necesidad o no de efectuar un requerimiento previo de pago al deudor para poder proceder a la inclusión de sus datos en el fichero de morosos en caso de impago. Pero, como demuestran los hechos litigiosos de las referidas sentencias, la controversia no se agota en la respuesta a esta pregunta, sino que, en caso de afirmarse esa necesidad de requerimiento previo, se plantean dos nuevos interrogantes: por un lado, si en el requerimiento de pago el acreedor ha de advertir al deudor de la posibilidad de incluir sus datos en un registro de solvencia patrimonial; por otro, si resulta exigible la fehaciencia de la recepción de dicho requerimiento. Todo esto guarda, a su vez, estrecha relación con el derecho al honor, pues, como se ha expuesto, si la inclusión de datos personales en un sistema de información crediticia es indebida,

³⁰ Véase el fundamento jurídico 5.º [3] de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2019, mencionada *supra*.

³¹ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 12/2014 de 22 de enero (RJ 2014/998; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena).

³² Señala este cambio de prisma en la resolución de esta temática RODRÍGUEZ GUITIÁN, *RDM*, 2014, p. 462.

porque no se han respetado los requisitos legalmente previstos, se habrá producido una intromisión ilegítima en tal derecho.

1. LA EXIGIBILIDAD DEL REQUERIMIENTO PREVIO DE PAGO

El origen del problema está en la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la supervivencia paralela de un reglamento que desarrollaba la anterior ley de protección de datos de carácter personal (Ley Orgánica 15/1999). En los artículos 38 y 39 de dicho reglamento (aprobado por el Real Decreto 1720/2007) se hace referencia, como requisito para la inclusión en ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, al requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, esta necesidad de efectuar un requerimiento de pago previo no está prevista expresamente en el artículo 20 de la vigente Ley Orgánica de protección de datos personales, sino que simplemente se recoge, en su apartado 1.c), la obligación de que el acreedor haya informado al deudor en el contrato o «en el momento de requerir el pago» acerca de la posibilidad de comunicar sus datos personales (los relativos al incumplimiento de su obligación de pago) a sistemas de información crediticia. Por tanto, la cuestión que se plantea es si los artículos 38 y 39 del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 han sido derogados por la nueva Ley Orgánica 3/2018.

Sobre este extremo se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 945/2022 de 20 de diciembre, señalando que el hecho de que la Ley Orgánica 3/2018 derogue expresamente la Ley Orgánica 15/1999 (con excepciones referidas a ciertas materias que aquí no son relevantes) no significa necesariamente que haya quedado derogado el reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007. De acuerdo con la citada sentencia, *«a falta de un reglamento que desarrolle la nueva ley orgánica, el Real Decreto 1720/2007 sirve de desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 3/2018, necesario para la plena eficacia de esta, sin perjuicio de que hayan quedado derogadas aquellas normas del citado reglamento que «contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica», según prevé expresamente el apartado 3.º de la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 3/2018 en relación con las disposiciones de igual o*

inferior rango» (F. 6 [3]). La duda que surge es, pues, si los citados artículos 38 y 39 RLOPD son compatibles con la regulación contenida en el artículo 20.1.c) de la Ley Orgánica 3/2018.

Con relación al artículo 39 del mencionado reglamento, la referida Sentencia del Tribunal Supremo establece claramente la incompatibilidad de dicho precepto con el nuevo artículo 20.1.c) LOPDGDD, declarando que el primero de ellos ha de entenderse derogado por el segundo, de forma que no existe ya la exigencia absoluta de advertir en el requerimiento de pago de la intención de comunicar el impago a un registro de morosos. La razón de ello es que mientras que el artículo 39 RLOPD exige que la información sobre la posibilidad de comunicar a ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito los datos relativos al impago se realice «en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento», el actual artículo 20.1.c) de la Ley Orgánica 3/2018 permite que tal información se realice «en el contrato o en el momento de requerir el pago». Por tanto, no es preciso realizar la información –más bien una advertencia– sobre la posibilidad de comunicar los datos al fichero de morosos en caso de impago en el contrato y, «en todo caso», en el momento de requerir de pago, sino que puede realizarse en cualquiera de estos momentos, y no necesariamente en ambos³³.

Por lo que se refiere al artículo 38 del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007, el Tribunal Supremo entiende que el hecho de que el nuevo artículo 20.1.c) LOPDGDD no establezca expresamente el requisito del requerimiento previo de pago no supone que la regulación contenida en dicho precepto, en concreto, en su apartado 1.c) (relativo, como se ha expuesto en las líneas precedentes, a la necesidad de que el acreedor haya informado al afectado –ya sea en el contrato o en el momento de requerir el pago– acerca de la posibilidad de inclusión de sus datos personales en sistemas de información crediticia), se oponga o sea incompatible con la nueva norma legal y deba considerarse, por tanto, derogado. *A fortiori*, la nueva ley contiene la mención a la existencia de dicho requerimiento previo al prever que la advertencia de comunicación de los datos al registro debe hacerse bien en ese requerimiento previo, bien al celebrarse el contrato. Según el Alto Tribunal, esa mención, que no existía en la legislación anterior, implica que el nuevo precepto legal presupone la existencia necesaria de tal requerimiento previo, que es uno de los momentos, junto con el de celebración del contrato, en los que el acreedor puede hacer al deu-

³³ *Vid.*, el fundamento jurídico 6.º [8 y 9] de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 945/2022 de 20 de diciembre.

dor la advertencia de comunicación de sus datos al fichero de morosos en caso de impago de la deuda (STS núm. 945/2022 de 20 de diciembre, F. 6 [12], recién tratada).

La conclusión de lo anterior es que sigue siendo exigible el requerimiento previo de pago, previsto en el propio artículo 20.1.c) de la Ley Orgánica 3/2018, cuya función y justificación han sido expresadas por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (entre las últimas, la ya citada STS de 14 de septiembre de 2022): impide que sean incluidas en estos registros los datos de personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible, por lo que el dato del impago no es pertinente para enjuiciar su solvencia. Lo que no es imprescindible con la nueva regulación es que en ese requerimiento de pago se advierta de la posibilidad de incluir sus datos en un fichero de morosos en caso de impago, pues esa advertencia puede haber sido realizada al contratar³⁴. Esto último es lo que ocurrió en el supuesto de hecho de la antes mencionada STS núm. 945/2022 de 20 de diciembre, donde, no existiendo duda alguna de que el demandante era un deudor moroso, pues no había restituido la totalidad del capital prestado; constando que en el contrato de préstamo se le había advertido de la posibilidad de incluir sus datos en un fichero de morosos en caso de impago de la deuda; y constando que fue requerido de pago con carácter previo a la comunicación de sus datos al registro de morosos, el Tribunal Supremo estimó que la inclusión de sus datos en un fichero o registro de morosos no había constituido una intromisión ilegítima en su derecho al honor. Y precisó, asimismo, que el hecho de que en esa advertencia no se informara al deudor de los sistemas de información crediticia en los que participa el acreedor no determinaba, por sí solo, que la comunicación de los datos a uno de esos sistemas constituyese una vulneración del derecho al honor del deudor, en tanto que no es un suceso *«que coadyuve a la producción de un daño ilegítimo en ese bien jurídico, sin perjuicio de que pueda ser tomado en consideración para fijar la cuantía de la indemnización si tal circunstancia agravara las consecuencias de una intromisión*

³⁴ Algunos autores entienden que con esta nueva formulación el nivel de protección de los afectados es menor, pues se reducen las posibilidades que estos tienen de conocer la información relativa a la existencia de un impago y a la posible inclusión de los datos concernientes a dicho impago en un registro de morosos, información que supone una herramienta fundamental para defender sus derechos de manera efectiva. Así, Díez Soto, 2020, pp. 516 y 517, a cuyo juicio *«la restricción no resulta justificada, y tampoco puede considerarse compensada por el hecho de que, como novedad frente al régimen preexistente, se imponga al acreedor el deber de informar al interesado (sea al contratar o al requerirle de pago) acerca de los sistemas de información crediticia en los que participe»*.

ilegítima en el derecho al honor efectivamente producida, por haber dificultado el ejercicio por el afectado de sus derechos de acceso, rectificación o cancelación» (F. 6 [18]).

Igualmente, hay que tener en cuenta que, conforme a la misma STS 945/2022, este requisito del requerimiento previo en ningún caso puede ser suplido por la notificación al afectado por parte del responsable del fichero de la inclusión de tales datos y la comunicación acerca de la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema –que se contenía tanto en el art. 29 de la anterior Ley Orgánica como en el párrafo segundo del artículo 20.1.c) de la actual–, sino que se trata de una exigencia que se añade a dicho requisito, al igual que ocurría en el régimen anterior³⁵. Además, si solo fuera exigible la notificación posterior a la inclusión por parte del responsable del fichero, ya se habría producido un primer tratamiento de esos datos personales por la comunicación de los datos por el acreedor al responsable del fichero, sin asegurarse de su pertinencia, al poder ser tratados los datos de los deudores que por inadvertencia hubieran dejado de pagar alguna deuda sin que esto fuera significativo de su insolvencia.

Como conclusión, es posible afirmar que en el nuevo régimen legal existen tres obligaciones diferenciables:

i) El acreedor debe informar al afectado, en el contrato o en el momento de requerir el pago, acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquellos en los que participe [art. 20.1.c), párrafo primero, de la Ley Orgánica 3/2018, que deroga el artículo 39 del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007, en tanto que este exigía que la información se hiciera cumulativamente en ambos momentos].

ii) El acreedor, o quien actúe por su cuenta o interés, debe requerir de pago al deudor con carácter previo a la comunicación de sus datos al fichero de morosos [art. 38.1.c) RLOPD] y estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de tal requisito y de los demás exigidos por la normativa aplicable, conforme al artículo 38.3 de dicho reglamento.

iii) La entidad que mantenga el sistema de información crediticia con datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito deberá notificar al afectado la inclu-

³⁵ Véase el fundamento jurídico 6.º [14] de la STS núm. 945/2022 de 20 de diciembre.

sión de tales datos y le informará sobre la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, permaneciendo bloqueados los datos durante ese plazo [art. 20.1.c), párrafo segundo LOPDGDD]. La notificación deberá efectuarse a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que le permita acreditar la efectiva realización de los envíos (art. 40.3 RLOPD).

Esta doctrina, que es reiterada por las aquí comentadas SSTs núm. 959/2022 y 960/2022, ambas de 21 de diciembre, y por la reciente STS de 7 de febrero de 2023³⁶, parte de la constatación de que el requerimiento de pago previo a la comunicación de los datos al fichero común de solvencia patrimonial no es simplemente un requisito formal, cuyo incumplimiento sólo pueda dar lugar a una sanción administrativa. En este sentido, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2022 señala que *«el requerimiento de pago previo es un requisito esencial que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro de deudas, sino de datos de personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado»* (F. 2 [3]). Se trata, en definitiva, de una exigencia que obedece a la necesidad de que los sujetos que hayan sufrido una comunicación indebida de sus datos puedan defenderse y ejercitar los derechos que sobre dichos datos se les reconoce en los referidos artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679, y ello porque nos movemos en un contexto en el que, de manera excepcional, no se requiere el consentimiento previo del titular para tratar sus datos, y en el que la gravedad del daño que puede ocasionarse por la inexactitud de los datos difundidos o por su falta de pertinencia es particularmente elevada³⁷.

Con todo, y antes de terminar con este epígrafe relativo al requisito del requerimiento previo de pago, conviene hacer constar que, en los últimos años, nuestra doctrina jurisprudencial, pese a reconocer la naturaleza esencial de dicho requisito, ha precisado el enfoque funcional del requerimiento y potenciado su valoración en conexión con los fines que le atribuye la ley. Ello explica la diferencia de significación que el Tribunal Supremo ha asignado a su omisión o práctica defectuosa en función de las circunstancias concretas de la deuda y la sorpresa para el interesado por la inclusión

³⁶ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 185/2023 de 7 de febrero (JUR 2023/113642; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena).

³⁷ Díez Soto, 2020, p. 515.

de sus datos en el fichero, y, por lo tanto, la casuística generada a la hora de determinar su relevancia de cara a la apreciación de la intromisión ilegítima en el derecho al honor, cuya concurrencia, pese a los defectos o falta del requerimiento en algunos casos, no siempre ha declarado (SSTS de 19 de septiembre de 2022³⁸, 14 de julio de 2020³⁹ o 23 de octubre de 2019⁴⁰).

En suma, la doctrina del Tribunal Supremo sobre el enfoque funcional del requerimiento previo de pago le ha llevado a restar relevancia a este requisito como elemento determinante de la existencia de una vulneración del derecho al honor cuando el deudor no se ha visto sorprendido por la inclusión en el fichero al tener constancia de la deuda y evidenciar sus actos una actitud totalmente pasiva. Esto es lo que apreció el propio Tribunal Supremo en el caso de la ya citada sentencia de 21 de diciembre de 2022 (núm. 960/2022), puesto que la cantidad comunicada al fichero Asnef/Equifax por la demandada coincidía con la que había reclamado en un proceso monitorio en el que la demandante no se opuso ni planteó objeción alguna en la ejecución que se despachó contra ella.

Tampoco hay una intromisión ilegítima en el derecho al honor, entiende el Tribunal Supremo, cuando la cantidad comunicada al fichero sobre solvencia patrimonial no es la correcta, *«pues lo que vulnera el honor del afectado no es que la cuantía de la deuda que consta en el registro sea incorrecta, sino que se dé al afectado el tratamiento de moroso, incumplidor de sus obligaciones dinerarias, sin serlo»* (STS núm. 945/2022 de 20 de diciembre, F. 5 [7]). Sobre esta cuestión, en la anteriormente citada sentencia de 5 de octubre de 2021, el Tribunal Supremo declaró que *«lo verdaderamente relevante para que pudiera considerarse infringido el derecho al honor de los demandantes [...] no es tanto la corrección de la concreta cantidad en que el banco cifró la deuda, sino 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»*.

Por tal razón, en la varias veces citada STS núm. 945/2022 de 20 de diciembre, quizá la más relevante de entre todas las que aquí se están tratando, el Alto Tribunal considera que la incorrección del dato relativo a la cuantía de la deuda que conste en el fichero de

³⁸ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 609/2022 de 19 de septiembre (RJ 2022/4052; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas).

³⁹ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 422/2020 de 14 de julio (RJ 2020/2491; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz).

⁴⁰ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 563/2019 de 23 de octubre (RJ 2019/4209; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz).

morosos no supone una vulneración del derecho al honor, «*pues no añade un desvalor relevante respecto de la protección de dicho derecho fundamental al que ya supone ser tratado, justificadamente, como moroso*»⁴¹. Y agrega: «*Asimismo, el desvalor que para el ordenamiento jurídico supone la usura trae consigo la consecuencia de la nulidad prevista en la Ley de 23 de julio de 1908: que el prestatario sólo ha de restituir la suma recibida, esto es, el capital del préstamo. Pero no tiene como consecuencia que la comunicación a un fichero de morosos de los datos del deudor que no ha restituido la suma que le fue entregada constituya una intromisión ilegítima en el derecho al honor de este, cuando en ese momento el deudor no había planteado controversia sobre la existencia de la deuda ni había intentado restituir siquiera el capital recibido*» (F. 5 [9 y 10]). Apoyándose en esta interpretación –y en otras relativas a otros extremos que ya se han apuntado–, en el caso debatido en la referida sentencia, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, concluyendo que el hecho de que el importe de la deuda que se comunicó a dicho fichero fuera superior al realmente adeudado no bastaba para considerar que la inclusión de sus datos en el fichero había vulnerado el honor del demandante, pues hasta ese momento el deudor no había intentado restituir el capital recibido ni había manifestado a la acreedora su disconformidad con la cantidad reclamada por la demandada, por lo que no había duda de que existía una deuda y el demandante había incurrido en mora. Y añadió que, habida cuenta de las circunstancias expresadas, no podía considerarse que la comunicación de sus datos al fichero supusiera una presión ilegítima del acreedor para zanjar una disputa sobre la existencia o cuantía de la deuda.

2. EL CARÁCTER RECEPTICIO DE DICHO REQUERIMIENTO

Una vez analizada con detalle la cuestión de los requisitos del requerimiento previo de pago, se abordará ahora la referente a la efectividad de dicho requerimiento. Ha de partirse de que las citadas SSTs núm. 959/2022 y 960/2022, ambas de 21 de diciembre, mencionan, entre los criterios jurídicos aplicables al cumplimiento de dicho requisito, su carácter recepticio, señalando que «*el requerimiento no se puede considerar eficaz, atendida su finalidad, por*

⁴¹ En este punto, el Tribunal Supremo reitera la doctrina sentada en la anteriormente citada STS de 14 de septiembre de 2022, según la cual «*la discordancia entre la cantidad que figura en el requerimiento de pago y la que figura en el registro de morosos no constituye por sí sola una vulneración del derecho al honor del afectado*».

el simple hecho de su emisión, ya que su finalidad es impedir que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia, además de permitirles ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación» (F. 2 [3]; cfr., también SSTS de 13 de octubre de 2022, 19 de septiembre de 2022, 14 de septiembre de 2022, 10 de diciembre de 2021, 23 de octubre de 2019 y 22 diciembre de 2015, ya citadas).

No obstante, dado que el artículo 38 RLOPD no establece una forma especial de llevar a cabo el requerimiento previo, el Tribunal Supremo entiende que tampoco es necesaria, de cara a su validez, la fehaciencia de su recepción, que se puede considerar fijada a través de las presunciones o acreditada por cualquier medio de prueba (entre las más recientes, las ya citadas SSTS de 11 de diciembre de 2020, 10 de diciembre de 2021, 2 de febrero de 2022 y 30 de mayo de 2022), siempre que exista garantía o constancia razonable de ella (STS de 13 de octubre de 2022⁴² y SSTS de 14 de septiembre de 2022, 10 de diciembre de 2021 y 11 de diciembre de 2020, mencionadas *supra*), «*lo que, por depender de las circunstancias concurrentes en cada supuesto, habrá que determinar de forma inevitablemente casuística*» (SSTS núm. 959/2022 y 960/2022, ambas de 21 de diciembre, F. 2 [3]).

Esta interpretación fue la que llevó al Tribunal Supremo, en la primera de las dos últimas sentencias citadas, a desestimar el recurso de casación, al reputar existente la apuntada garantía o constancia razonable de la recepción del requerimiento previo de pago, en tanto que en ningún momento se había negado que el domicilio del demandado coincidiera con la dirección de destino indicada en la comunicación o argumentado que esta se hubiera malogrado por razones achacables al servicio postal de correos, de las que, por lo demás, no constaba reflejo alguno en los autos. A ello no se opone, según el Tribunal Supremo, que se trate de un envío masivo de requerimientos, si bien su validez está condicionada a que la empresa de mensajería garantice que la comunicación ha sido entregada y esta no conste como devuelta: «*Tampoco se puede tachar la comunicación por formar parte de un gran conjunto de ellas, puesto que dicha circunstancia, igual que si se hubiera presentado de forma independiente e individual, no impide su puesta*

⁴² STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 660/2022 de 13 de octubre (RJ 2022/4837; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas).

a disposición del servicio postal de correos, que opera un número ingente de comunicaciones y que no puede denegar su admisión (documentada en los autos con los albaranes de entrega) por el mero hecho de formar parte de una remesa masiva de envíos que le son confiados por el remitente para la realización de un proceso postal integral (clasificación, transporte, distribución y entrega) que debe garantizar de manera efectiva los derechos de los usuarios y del que, una vez producida la recepción, se hace responsable, conforme a lo dispuesto por el artículo 3.12.b) de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal» (F. 2 [3]). Todo lo anterior hace que este supuesto no pueda equipararse con otros cuya tipología es distinta, como aquellos en los que la comunicación fue remitida a una dirección postal de la que fue devuelta por ser el destinatario desconocido o donde anteriormente ya se había producido una devolución por la misma circunstancia, lo que sí cuestiona, como ya afirmó el Tribunal Supremo en la varias veces citada sentencia de 10 de diciembre de 2021, la garantía de la recepción.

También en la STS núm. 960/2022 de 21 de diciembre el Alto Tribunal estimó que existía garantía o constancia razonable de la recepción del previo requerimiento de pago. Y ello por lo que argumentó la Audiencia Provincial y apuntaló con sus alegaciones el fiscal al señalar, a su juicio, acertadamente, que el caso debatido no era uno de envíos masivos de cartas sin constancia de recepción o contenido; que en el contrato de préstamo que dio origen a la deuda se preveía que las notificaciones se realizaran a través del correo electrónico designado por la prestataria; y que dicho contrato se concertó online, lo que denotaba una cierta pericia en relación con las nuevas tecnologías difícilmente compatible con la carencia de conocimientos al respecto que alegaba la recurrente. Al igual que en el caso de la STS núm. 959/2022 de 21 de diciembre, este supuesto no puede equipararse, como subraya el Tribunal Supremo, con los de las ya citadas SSTs de 10 de diciembre de 2021 y 11 de diciembre de 2020, que no se refieren a casos en los que el requerimiento se realizara a través del correo electrónico.

Finalmente, la STS núm. 946/2022 de 20 de diciembre, siguiendo el razonamiento de las anteriores, señala que, aunque es evidente que un requerimiento por un medio fehaciente facilita la prueba de la recepción del requerimiento previsto en el artículo 20.1.c) de la Ley Orgánica 3/2018, «*también pueden tomarse en cuenta diversos elementos fácticos para llegar a la conclusión de que la comunicación que contenía el requerimiento ha sido recibida por el*

afectado (o ha podido ser recibida empleando una diligencia razonable), sin necesidad de que el requerimiento se haya practicado mediante un burofax con acuse de recibo, un acta notarial u otro medio fehaciente» (F. 3 [1]). Sin embargo, en esta sentencia, el Tribunal Supremo entendió que no podía considerarse probada la recepción del requerimiento en virtud de la prueba de presunciones por faltar la prueba del hecho base de que ha de partirse para presumir la recepción. Por tal razón, desestimó el recurso de casación, reiterando la jurisprudencia que afirma que «el requerimiento previo de pago es un acto de comunicación de carácter recepticio que exige una constancia razonable de la recepción de la comunicación por el destinatario, por más que existan diversos medios de probar tal recepción» (vid., las ya citadas SSTs de 11 de diciembre de 2020, 10 de diciembre de 2021, 2 de febrero de 2022, 30 de mayo de 2022 y 14 de septiembre de 2022)⁴³.

A la vista de todo lo expuesto, es posible concluir que el Tribunal Supremo, con estas cuatro sentencias dictadas en sesión plenaria a finales del pasado mes de diciembre, ha clarificado las dudas interpretativas que ha planteado en los últimos años (con mayor intensidad, a raíz de la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica de protección de datos personales) la inclusión de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito en ficheros de morosos, sentando doctrina sobre el requisito del requerimiento previo de pago y su carácter recepticio cuando está en juego una posible intromisión ilegítima en el derecho al honor. Evidentemente, con estas cuatro decisiones no se cierra toda la litigiosidad sobre el derecho al honor e inclusión en ficheros de solvencia patrimonial –baste ver, con posterioridad a las aquí comentadas, la STS de 14 de febrero de 2023⁴⁴, sobre cuantía de la indemnización, o la STS de 29 de marzo de 2023⁴⁵, en la que los datos relativos al impago no son facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés, sino que se obtienen de un boletín oficial–, pero sí que es cierto que el Tribunal Supremo ha conseguido con esa jurisprudencia delimitar, y mucho, el ámbito del debate.

⁴³ En el mismo sentido se pronuncia la reciente STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 413/2023 de 27 de marzo (JUR 2023/147662; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena).

⁴⁴ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 248/2023 de 14 de febrero (JUR 2023/80687; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas).

⁴⁵ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 434/2023 de 29 de marzo (JUR 2023/156642; Ponente: Excmo. Sr. Antonio García Martínez).

BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: *Estudio jurídico-crítico sobre la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (análisis conjunto de Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre)*, Reus, Madrid, 2019.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Sentencia de 12 de mayo de 2015. Para cuantificar la indemnización por daño moral derivado de una intromisión ilegítima en el honor, se han de tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 9.3 LO 1/1982; en particular para el caso de una lesión en el derecho al honor derivada de la indebida inclusión de los datos personales en un registro de morosos, el prolongado tiempo durante el que estuvieron y la consulta de los mismos por parte de terceras entidades», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 100, 2016, pp. 357-382.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «El régimen de los sistemas de información crediticia en la nueva legislación sobre protección de datos», en *Protección de datos personales*, Parte II, Castilla Barea, M.; González Pacanowska, I. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 505-557.
- ESPÍN ALBA, Isabel: «Daño moral por intromisión ilegítima en el derecho al honor como consecuencia de la inclusión indebida en registros de morosos», *IUS: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Vol. 14, Núm. 46 (julio-diciembre), 2020, pp. 183-204.
- GÓMEZ FUENTES, Alicia: «Sentencia de Pleno del Tribunal sobre el derecho al honor en un supuesto de inclusión de los datos personales en un fichero de morosos: estudio de la necesidad de requerimiento previo tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018», *Diario La Ley*, Núm. 10206, 2023.
- MAS BADÍA, María Dolores: «Los sistemas de información crediticia y la protección de datos personales: un Reglamento europeo y una Ley Orgánica concebida y no nacida», *Actualidad Civil*, Núm. 5, 2018.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Ficheros de solvencia patrimonial y derecho al honor (Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.^a] de 22 de enero de 2014)», *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 293, 2014, pp. 459-504.
- SILVESTRE ESCUDERO, Sara: «Requerimiento de pago suficientemente acreditado previo a la inclusión en un fichero de morosos. Sentencia Tribunal Supremo 960/2022, de 21 diciembre (RJ 2022/5587)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2023.
- URTASUN RODRÍGUEZ-ANDÍA, Enrique; DELGADO HENDERSON, Miguel, y ALARCÓN DÁVALOS, Álvaro: «Inscripciones en ficheros de morosos: novedades jurisprudenciales en materia del derecho al honor», *Diario La Ley*, Núm. 10232, 2023.

LISTADO DE JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC, Sala Primera, núm. 96/2012 de 7 de mayo (RTC 2012/96).
Ponente: Don Manuel Aragón Reyes.

STC, Pleno, núm. 292/2000 de 30 de noviembre (RTC 2000/292).
Ponente: Don Julio Diego González Campos.

TRIBUNAL SUPREMO

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 434/2023 de 29 de marzo (JUR 2023/156642). Ponente: Excmo. Sr. Antonio García Martínez.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 413/2023 de 27 de marzo (JUR 2023/147662). Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 248/2023 de 14 de febrero (JUR 2023/80687). Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 185/2023 de 7 de febrero (JUR 2023/113642). Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

STS, Sala de lo Civil (Pleno), núm. 960/2022 de 21 de diciembre (RJ 2022/5587). Ponente: Excmo. Sr. Antonio García Martínez.

STS, Sala de lo Civil (Pleno), núm. 959/2022 de 21 de diciembre (RJ 2022/5588). Ponente: Excmo. Sr. Antonio García Martínez.

STS, Sala de lo Civil (Pleno), núm. 946/2022 de 20 de diciembre (RJ 2022/5586). Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

STS, Sala de lo Civil (Pleno), núm. 945/2022 de 20 de diciembre (RJ 2022/5668). Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 660/2022 de 13 de octubre (RJ 2022/4837). Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 609/2022 de 19 de septiembre (RJ 2022/4052). Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 604/2022 de 14 de septiembre (RJ 2022/4197). Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 436/2022 de 30 de mayo (RJ 2022/2429). Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 81/2022 de 2 de febrero (RJ 2022/625). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 854/2021 de 10 de diciembre (RJ 2022/158). Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 832/2021 de 1 de diciembre (RJ 2021/5285). Ponente: Excmo. Sr. Antonio García Martínez.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 592/2021 de 9 de septiembre (RJ 2021/4020). Ponente: Excmo. Sr. Antonio García Martínez.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 672/2020 de 11 de diciembre (RJ 2020/5437). Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 422/2020 de 14 de julio (RJ 2020/2491). Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 563/2019 de 23 de octubre (RJ 2019/4209). Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 245/2019 de 25 de abril (RJ 2019/1746). Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 174/2018 de 23 de marzo (RJ 2018/1151). Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 114/2016 de 1 de marzo (RJ 2016/733). Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 740/2015 de 22 de diciembre (RJ 2016/29). Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 672/2014 de 19 de noviembre (RJ 2014/6422). Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 12/2014 de 22 de enero (RJ 2014/998). Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 176/2013 de 6 de marzo (RJ 2013/2587). Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 13/2013 de 29 de enero (RJ 2013/1835). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS, Sala de lo Civil (Pleno), núm. 284/2009 de 24 de abril (RJ 2009/3166). Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 660/2004 de 5 de julio (RJ 2004/4941). Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Académico senior. Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTÍZ** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **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), **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), **Jose María MARTÍN FABÁ** (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 permanente laboral de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ** (Doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTA-NA NAVARRO** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **María ZABALLOS ZURILLA** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid).

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. Diferencia entre los daños permanentes y los daños continuados, y el inicio del cómputo del plazo de prescripción en cada caso.–Es doctrina del Tribunal Supremo que los daños permanentes o duraderos son aque-

los que se producen en un momento determinado por la conducta del demandado y se agotan en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo (STS 28/2014, de 29 de enero). En definitiva, se trata de daños puntuales y estabilizados, aunque pueden persistir en el tiempo si no se reparan. Por su parte, los daños continuados, son aquellos duraderos e inestables, que se expanden en el tiempo agravándose, es decir, los caracteriza una producción sucesiva. Se trata, por tanto, de daños que tienen su origen en una actividad dañosa que opera día a día, aunque llegará un determinado momento en el que se estabilizarán, conociéndose entonces su alcance total. En cuanto al cómputo del plazo de la prescripción de la acción civil hay que tener en cuenta, de conformidad con el principio *actio nondum nata non praescribitur*, que el inicio del cómputo para la prescripción es el día en que la acción puede ejercitarse (SSTS 340/2010, de 24 de mayo; 896/2011, de 12 de diciembre; 535/2012, de 13 de septiembre; 480/2013, de 19 de julio; 6/2015, de 13 de enero; 279/2020, de 10 de junio; 326/2020, de 22 de junio; 434/2021, de 22 de junio y 112/2022, de 15 de febrero). Así, la diferencia entre los distintos tipos de daños mencionados justifica que posean un distinto inicio del cómputo del plazo de la prescripción: En el caso de los daños permanentes el plazo de prescripción inicia a correr desde que el perjudicado tiene constancia de los mismos, mientras que, en el caso de los daños continuados, el cómputo del plazo de la prescripción no comienza hasta que se materializa el resultado final, salvo en aquellos casos en que es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (SSTS 544/2015, de 20 de octubre y 589/2015, de 14 de diciembre, entre otras). En el supuesto que nos ocupa resulta de aplicación la Ley de Ordenación de la Edificación, cuyo artículo 18 fija en dos años el plazo de prescripción de las acciones para exigir la responsabilidad por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos en los edificios desde que el momento en que se produzcan y, en este caso, se manifestaron poco después de entregarse la construcción, tras suscribirse el certificado final de obra, dentro del plazo de garantía del artículo 17.1 LOE. Por lo tanto, se hallaban perfectamente determinados desde el primer momento para el ejercicio en tiempo de las acciones judiciales pertinentes. **(STS de 10 de mayo de 2022; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los demandantes, como propietarios y promotores de la casa, sita en San Feliu de Codines (Barcelona) interpusieron demanda contra Juan Francisco, aparejador, y Construcciones Germáns Marizano López S.A., contratista. A su juicio, son responsables de los defectos del inmueble, que se manifestaron de forma paulatina desde la terminación de la vivienda. Se trata de defectos de filtración que se producen en los días de lluvia y de falta de revestimiento de un muro con piedra natural.

El juzgado de primera instancia desestima la demanda, pues considera que la acción para exigir la responsabilidad debió ejercitarse en el plazo de dos años desde que se produjeron los daños, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 LOE pues, según afirman los propios actores, los daños aparecieron desde la terminación de la vivienda, es decir, desde la entrega de la misma.

En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona razona que no se trata de filtraciones que se producen de forma consecutiva, sin solución de continuidad, por lo que deben califi-

carse como daños permanentes lo que demuestra que la acción de garantía de buen funcionamiento ha prescrito, conforme lo dispuesto en el artículo 18.1 LOE, confirmando la sentencia de primera instancia.

Los propietarios recurren de nuevo ante el Tribunal Supremo, que desestima sendos recursos de infracción procesal y de casación, interpuestos contra la sentencia recurrida. (*M. Z. Z.*)

2. Accidentes de circulación. Acción directa. Plazo de prescripción. *Dies a quo*. Extensión de la interrupción de la prescripción al asegurado por las reclamaciones enviadas al asegurador.—El *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones dirigidas al resarcimiento de los daños producidos con ocasión de un accidente de circulación es aquel en el que se resuelve definitivamente —sea en la vía administrativa o en la vía contenciosa— acerca de las verdaderas consecuencias de las lesiones en la capacidad laboral del damnificado.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como la acción directa del damnificado frente al asegurador es un derecho distinto de la acción de la que dispone contra el asegurado, no hay razón que permita admitir que los efectos interruptores de la prescripción que tienen las reclamaciones extrajudiciales efectuadas contra el asegurado extiendan sus efectos al asegurado. (**STS de 27 de abril de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—El 17 de mayo de 2009 se produjo un accidente entre la motocicleta conducida por el demandante José Antonio, de un lado, y, por otro, el turismo conducido por la demandada Aurelia. Esta última estaba asegurada por la Compañía Zúrich. Como consecuencia de este accidente de circulación, se le reconoció al actor la incapacidad permanente total en un litigio que finalizó el 25 de junio de 2013. En los años 2013, 2014 y 2015 el actor envió burofaxes con efectos interruptores de la prescripción a la compañía aseguradora, no así a Aurelia. Así pues, se interpuso demanda contra aseguradora y asegurada en abril de 2016. Si bien la aseguradora se allanó, Aurelia se opuso aduciendo que la acción estaba sujeta al plazo de prescripción de un año, ya expirado. (*J. F.-L. M.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Menores de edad extranjeros no acompañados. Determinación de su edad: observancia del principio del interés superior del menor (art. 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor). Las dudas sobre la minoría de edad derivadas de las pruebas médicas practicadas deben resolverse en favor del menor.—La emigración provoca un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra, y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad. Cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor, habida cuenta de que las técnicas actua-

les no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo (STS 411/2015, de 3 de julio). Esta doctrina ha sido incorporada al artículo 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, por el artículo 1.7 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Por tanto, si del informe forense y demás elementos se desprende un porcentaje de incertidumbre incompatible con la prueba de la efectiva mayoría de edad de la persona, deberá ser considerada menor de edad.

Inexistencia de carencia sobrevinida de objeto por alcanzarse la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento judicial.—Con independencia de que la recurrente haya podido alcanzar la mayoría de edad a lo largo del procedimiento, sigue teniendo un interés legítimo en que se declare que la resolución administrativa que le denegó el reconocimiento de la situación de desamparo no fue conforme a derecho, pues ello fue lo solicitado en su demanda (SSTS 307/2020, de 16 de junio, y 610/2021, de 20 de septiembre). (STS de 21 de marzo de 2022; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Una extranjera llegó a España en 2017 como pasajera de un vuelo procedente de Malabo, sin presentar pasaporte y declarando ser menor de edad por haber nacido en 2001 en Camerún, de forma coincidente con la documentación escolar y sanitaria que portaba. Manifestó haber huido de su país por sufrir abusos sexuales con una documentación falsa de la que se deshizo en el avión. Ingresó en un centro de acogida de menores de la Comunidad de Madrid, determinándose su mayoría de edad por el Ministerio Fiscal después de realizarse en noviembre de 2017 una ortopantomografía según la cual no se podía determinar con precisión la edad, y una radiografía de la mano izquierda, de la que dedujo la radióloga una edad de 17 años. Sin embargo, el médico forense, sin que existiese ningún otro informe radiológico que hiciera referencia a la mayoría de edad, concluyó que la interesada tenía al menos 18 años, aunque afirmó al pie de su informe que no se podía determinar con exactitud la edad por la existencia de variaciones dependientes de la raza, la genética y los factores socioambientales. La Comunidad de Madrid resolvió en ese mismo mes de noviembre no adoptar ninguna medida de tutela. En febrero de 2018 la interesada interpuso demanda de oposición a la anterior resolución, que sería desestimada en primera instancia y en apelación. La Audiencia atendió a la falta de documentación presentada a su llegada a España, y a las pruebas médicas practicadas, según las cuales, tomando la fecha más favorable a la recurrente, existiría una carencia sobrevinida de objeto al resultar haber alcanzado la mayoría de edad en la fecha de la sentencia. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación presentado por la demandante. (F. S. N.)

4. Discapacidad. Procedimiento. Medidas de apoyo.—El artículo 759.3 LEC supuso una trascendental modificación respecto al derogado artículo 208 CC, al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se refiere su apartado 1.º, extendiendo el principio de inmediación al Tribunal de apelación en estos procesos, por lo que la omisión de

su práctica constituye causa de nulidad de acuerdo con el artículo 238.3.º LOPJ (STS 610/2005, de 15 de julio).

Al infringir la audiencia una garantía procesal de fundamental importancia para la fijación judicial de apoyos a la demandada procede decretar la nulidad de actuaciones al crearse una evidente indefensión. Deberá pues la audiencia llevar a efecto las diligencias prevenidas en el artículo 759 LEC, cuales son la entrevista con la demandada, audiencia de los familiares más próximos y dictamen pericial, y con su resultado decidir el recurso de apelación interpuesto y, al hacerlo, adaptar la sentencia al nuevo régimen legal impuesto por la Ley 8/2021, como exige su disposición transitoria sexta. **(STS de 14 de marzo de 2022; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El Ministerio Fiscal presentó demanda en la que interesó con respecto a la demandada, que se determinase su capacidad jurídica, los medios de apoyo más idóneos para la conservación de dicha capacidad, los actos concretos en los que precise dicha intervención, así como las salvaguardas adecuadas.

El juzgado consideró que había quedado acreditado que la demandada, una señora de 87 años, presentaba un diagnóstico compatible con deterioro cognitivo leve y un grado moderado de dependencia para las actividades básicas de la vida diaria. Los trastornos se consideraron permanentes, por lo que declaró la incapacitación total de la señora, para regir su persona y bienes y para el ejercicio de sus derechos cívicos y políticos; y, en consecuencia, se acordó el nombramiento de una Fundación como tutora respecto de la incapaz. Además, la sentencia de primera instancia ratificó la medida cautelar adoptada judicialmente relativa a la autorización de ingreso involuntario en centro residencial de la tercera edad de conformidad con los artículos 762 y 763 LEC.

La demandada recurrió en apelación, y la audiencia, sin practicar las pruebas preceptivas del artículo 759 LEC, dictó sentencia confirmatoria, salvo en cuanto a la privación de los derechos cívicos y políticos, que se deja sin efecto; así como en lo relativo al reconocimiento de la capacidad de la apelante a otorgar testamento abierto con sujeción al artículo 665 CC.

El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada, al declarar la nulidad de la sentencia recurrida, reponiendo las actuaciones al momento anterior de señalamiento para deliberación y fallo, a efectos de proceder a cumplir con el artículo 759 LEC y, una vez practicadas las pruebas por él establecidas, se dicte sentencia con adaptación al nuevo régimen jurídico de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

NOTA.—De igual forma, se expresa el artículo 759.4 LEC, en su redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuando dice: *si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la*

práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

El actual artículo 759.1.3.º LEC, tras exigir que se lleve a efecto por la autoridad judicial la entrevista con la persona con discapacidad, así como dar audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos, insiste en que no puede decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal emitido por profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, sin perjuicio de contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

No obstante, la Ley 8/2021, de 2 de junio, dispone que en los casos en que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad el Tribunal podrá, previa solicitud de ésta y, de forma excepcional, no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad (art. 759.2 LEC).

Sobre esta cuestión, véase, Toral Lara, E., «Aplicación jurisprudencial de la Ley 8/2021 en materia de capacidad: principios generales y medidas de apoyo», *Actualidad Civil*, núm. 9, septiembre 2023. (I. D.-L.)

5. Derecho al honor. Intromisión legítima. Inclusión en registro de morosos.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara la inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, incluso cuando la deuda fue contraída por un tercero que suplantó su identidad, pues no aprecia falta de diligencia en la identificación del comprador-deudor por parte de la empresa vendedora-acreedora. (STS de 17 de febrero de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—En octubre de 2015, el demandante, supuestamente, compró unas enciclopedias a EDP Editores. En el proceso de compra intervino un tercero de confianza (Logalty), a través del cual se realizó la compra y se aportaron todos los datos del comprador: dirección, DNI, teléfono y número de cuenta bancaria. Producido el impago esencial y reclamado en diversas ocasiones al comprador, EDP Editores comunicó sus datos a Equifax, que también comunicó la inclusión en el registro al comprador. Con todo, hasta 2018 el comprador no se enteró de que estaba inscrito en dicho registro, por lo que solicitó la cancelación de sus datos por no reconocer la deuda, baja que Equifax causó solo cuatro días después. La prueba que se aporta para justificar la suplantación de la identidad en la adquisición de las enciclopedias fue (i) una prueba pericial caligráfica que señala que la firma de la contratación no coincide con la del comprador, aunque el perito manifiesta dudas respecto a la firma que consta en el albarán de entrega; y (ii) la afirmación del comprador de que, en esas fechas, perdió el DNI.

En estas circunstancias, el Alto Tribunal declaró que, aunque hubieran suplantado su identidad, la vendedora actuó con toda la diligencia exigible para verificar su identidad, siendo veraces todos

los datos, incluso aquellos que no constaban en el DNI (como el teléfono y la cuenta bancaria). Además, actuó con la diligencia debida al reclamar la deuda previamente y comunicar, después, la inclusión de sus datos en el registro, lo que diligentemente también hizo Equifax. A mayor abundamiento, solicitada la cancelación de sus datos, esta se produjo sin demoras, por lo que, a la vista de las circunstancias concurrentes, la falta de diligencia en la identificación del comprador debe considerarse un error excusable, sobre el que no cabe apoyar la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrente. (A. A. O.)

6. Derecho a la intimidad personal y familiar. Derecho a la protección de datos. Conflicto con la libertad de expresión e información.—En un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión e información —recogida en el artículo 20 CE— y el derecho a la intimidad —consagrado en el artículo 18 CE— es necesario llevar a cabo una adecuada ponderación, donde una de las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta es el interés general de la información y la proyección pública de las personas afectadas. La condición de personaje público puede derivar de una pluralidad de fuentes, no solo del ejercicio activo de una actividad que conlleva la exposición pública. No solo tienen la condición de personaje público aquellos que voluntariamente deciden someterse al escrutinio público, sino que puede adquirirse del ejercicio de una determinada profesión, sus relaciones con otras personas o por verse envueltos en ciertos hechos, entre otras circunstancias.

La atribución genérica de la ideología que tiene el personaje entrevistado al resto de su familia, sin estar entrecomillada, constituye una opinión personal del periodista amparada por la libertad de expresión, y no está sometida a la exigencia de veracidad. De esta atribución genérica no cabe deducir lógicamente que se está desvelando la ideología del hermano de la entrevistada y demandante en este litigio.

El derecho a la intimidad personal y familiar y la protección de datos de carácter personal —o libertad informática—, si bien comparten ciertos objetivos, cumplen funciones distintas lo que, consecuentemente, conlleva que tengan sujetos, objetos y facultades diferentes. El segundo de ellos consiste en el derecho a controlar el uso de los datos comprendidos en un programa o fichero informático. Una alegación genérica y no detallada sobre una supuesta vulneración de la protección de datos no puede ser estimada. El recurrente debe argumentar las diversas infracciones del ordenamiento acaecidas para que se pueda individualizar correctamente el conflicto jurídico relevante. (STS de 20 de abril de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 17 de julio de 2018 la revista digital *El Español* publicó en su sección *Jaleos del corazón* un reportaje acerca de Petra, la tía paterna de la Reina Consorte de España. En él se expresaban las fuertes ideas republicanas y críticas con la monarquía. En este reportaje se afirmaba que la familia de la Reina —sin individualizar o excluir a nadie en concreto— se proclamaban republicanos, siendo Petra la mayor portavoz de todo ello. Victorio, hermano de Petra y padre de la Reina Consorte, consideró la publicación de este reportaje como una intromisión ilegítima en su derecho a la intimi-

dad personal y familiar y a la protección de datos de carácter personal. Concretamente, el actor se quejaba de que la atribución genérica de una concreta ideología a la familia en general, le incluía. Ello, según él, no era cierto y, por ende, contravenía su derecho a la intimidad y a la protección de datos. Hizo, asimismo, especial hincapié en el hecho de que, a pesar de ser el padre de la Reina Consorte, él no es un personaje público. Ni en primera, ni en segunda instancia se estimaron los pedimentos de Victorio, sosteniéndose que la información publicada constituía un ejercicio legítimo de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 CE.

Como suele ser habitual en la resolución de los conflictos entre el derecho a la libertad de expresión, por un lado, y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por otro, el Tribunal Supremo lleva a cabo un examen de su propia –y extensa– jurisprudencia en esta materia. Así pues, comienza definiendo qué debe entenderse por «juicio de ponderación» para pasar, posteriormente, a delimitar el objeto y contenido de los derechos en conflicto. En este sentido, recalca la protección reforzada y la fuerza expansiva de la libertad de información debido a su importancia en el sector de la prensa, que es la garante de la formación de la opinión pública. Si bien el artículo 20 CE tiene un carácter prevalente, esto no puede llevar a afirmar que se trata de un derecho absoluto, como tampoco lo son aquellos reconocidos en el artículo 18. Finalmente, expone concisamente los criterios que deben ser tenidos en cuenta en este juicio de ponderación, como son el interés público de las informaciones publicadas, la proporcionalidad en la expresión y la veracidad. (*J. F.-L. M.*)

7. El plazo de ejercicio de la acción de protección de derechos fundamentales en la LO 1/1982.—El plazo de cuatro años establecido en el artículo 9.5 LO 1/1982 es de caducidad, por lo que no se interrumpe por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos, ni por la incoación de un expediente administrativo sancionador por infracción de las normas sobre protección de datos. La caducidad presenta ciertas complicaciones en relación con el seguimiento de actuaciones penales previas al proceso civil por delitos perseguibles sólo a instancia de parte. Se pueden plantear los siguientes supuestos: 1) si la acción civil fundada en la LO 1/1982 se ejercita antes de transcurrir dicho plazo de cuatro años, no procederá apreciar su caducidad ni tampoco su extinción; 2) si dicha demanda se interpone después de vencido el referido plazo, procederá apreciar su caducidad, aunque todavía estén pendientes actuaciones penales por los mismos hechos; 3) si esas actuaciones penales finalizaran después de cuatro años sin sentencia condenatoria y, además, el ofendido no se hubiera reservado la acción civil expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, la acción civil fundada en la LO 1/1982 habrá caducado; 4) si hubiera mediado reserva expresa de la acción civil para ejercitarla después de terminado el juicio criminal y éste hubiera terminado por sentencia condenatoria, entonces la acción civil ejercitable por el perjudicado, haya transcurrido o no el plazo de cuatro años, no será ya la fundada en la LO 1/1982, por más que sus criterios sean aplicables para fijar la indemnización (art. 1.2), sino en la nacida del delito o falta declarada por la jurisdicción penal —es decir, la contemplada en

el artículo 1092 CC, que en la mayoría de las ocasiones estará sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1968.2.º CC para la acción de responsabilidad civil por injuria o calumnia—. La doctrina jurisprudencial determina en cada supuesto concreto cuándo se cuenta el día inicial del cómputo de la acción, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. **(STS de 9 de mayo de 2022;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 16 de diciembre de 2016, se presentó por la actora P demanda en ejercicio de una acción por lesión del derecho a la propia imagen y protección de datos personales, contra la entidad SFB, en la que alegó que, con ocasión de la relación laboral que unía a ambas partes, en el año 2011, sin que la demandante firmara documento alguno, ni diera la oportuna autorización al efecto, se le obligó a someterse a una sesión fotográfica, utilizando después su imagen para incluirla en folletos, vídeos y anuncios de la empresa, siendo vista por los usuarios de los servicios funerarios prestados y comercializados por la demandada.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por apreciar que la acción deducida había caducado, partiendo de los siguientes hechos: 1) en diciembre de 2010 la actora participó en dicha sesión fotográfica; 2) las imágenes fueron utilizadas comercialmente, por primera vez, en mayo de 2011; 3) esa campaña concluyó en abril de 2012; 4) el 31 de mayo de 2012, la demandada procedió al despido laboral de la actora. Según el Juez, la demandante conocía y sabía, desde el primer momento, si otorgó o no autorización expresa y escrita para la sesión fotográfica. Por tanto, desde la sesión fotográfica, se inicia el cómputo del plazo de caducidad, que no se interrumpe por la pendencia del proceso penal, ni por otra clase de reclamación.

La actora interpuso recurso de apelación. Confirmando la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial consideró que la acción había caducado, situando también el inicio del plazo en el día en que posó para el reportaje fotográfico realizado por su empleadora (diciembre de 2010).

Contra la sentencia de la Audiencia, P interpuso recurso de casación, alegando la vulneración del artículo 9.5 LO 1/1982, al considerar errónea la fijación del día inicial del cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción, que entiende que debe contarse a partir del 13 de abril de 2015, que es la fecha en que la actora tuvo conocimiento de que no había autorizado la utilización de su imagen para las campañas publicitarias de la demandada y en que descubre la artimaña de la demandada.

El Tribunal Supremo desestima el recurso. A su juicio, la sesión fotográfica se produce en diciembre de 2010, y si bien este dato no es decisivo de cara a la determinación del plazo de inicio del ejercicio de la acción, ya deviene indiscutible desde que se publica la imagen de la actora en mayo de 2011 y finaliza la campaña publicitaria en abril de 2012. Como quiera que la demanda se presenta el 22 de diciembre de 2016, el plazo de los cuatro años ha transcurrido, por lo que la acción ejercitada se encuentra caducada.

NOTA.—Sobre el rol del Tribunal Supremo en los recursos de casación que afectan a derechos fundamentales, *vid.*, las SSTS de 15 de julio y de 2 de marzo de 2021. En cuanto al plazo de caducidad de las acciones derivadas de la infracción de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, *vid.*, las SSTS de 29 de abril de 2009, 25 de febrero de 2013, 29 de enero de 2014, 16 de julio y 27 de noviembre de 2015. Respecto a los problemas presentados por la caducidad en relación con el seguimiento de actuaciones penales previas al proceso civil por delitos perseguibles sólo a instancia de parte, *vid.*, SSTS de 29 de abril de 2009, 25 de febrero de 2013 y 27 de noviembre de 2015. Sobre la aplicación del plazo de prescripción establecido en el artículo 1968.2.º CC en los casos en que el juicio penal acaba con sentencia condenatoria y el perjudicado se hubiera reservado la acción civil, *vid.*, las SSTS de 14 de julio y 30 de septiembre de 2004. En cuanto a la distinta naturaleza de los plazos establecidos en los artículos 9.5 LO 1/1982 y 1969 CC, *vid.*, STS de 4 de junio de 2014. (*S. L. M.*)

8. La causa civil aplicada al derecho de asociación.—El derecho de asociación está reconocido como derecho fundamental en el artículo 22 CE. Son asociaciones ilegales y, en consecuencia, están prohibidas: 1) las que persigan fines ilegales o utilicen medios tipificados como delito; 2) las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. Así se deriva del precepto mencionado y de los apartados 7 y 8 del artículo 2 LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación. Cuando una asociación sea declarada ilícita, procederá su disolución, algo que deberá decretarse por resolución motivada de la autoridad judicial (arts. 22.4 CE y 520 CP). Según el artículo 38.2.b) LO 1/2002, la nulidad o disolución declarada por aplicación de la legislación civil es consecuencia de la naturaleza de acto de autonomía privada del acuerdo de constitución de la asociación, por lo que está sujeto a los requisitos de los artículos 1255 y 1261 CC. Ahora bien, la aplicación de la disciplina contractual a los actos y negocios que son expresión de un derecho fundamental debe hacerse con matizaciones y límites. La licitud civil es consecuencia del carácter negocial de la constitución de una asociación y también una exigencia lógica del principio de que sólo pueden obtener protección jurídica aquellos grupos que persigan finalidades lícitas. La falta de protección jurídica está supeditada a la acreditación de la ilicitud de los fines de la asociación o, en su caso, la simulación casual, esto es, haber ocultado bajo la apariencia de licitud unos fines ilícitos y no amparados por el Derecho. (**STS de 22 de abril de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—E y CTA demandaron a la asociación AADH, su presidente, su secretario y el tesorero, por vulneración de su derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. En la demanda solicitaron, entre otras cosas, la declaración de nulidad del acuerdo constitutivo de la mencionada asociación, por ser un negocio simulado con causa ilícita, y la declaración de que el blog de la demandada tiene un fin ilícito y, en particular, supone un uso desviado y abusivo de la libertad de información, que ha provocado una intromisión en los derechos fundamentales de los demandantes.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró que algunas de las publicaciones en el blog citado habían ocasionado una intromisión ilegítima en los derechos señalados. Sin embargo, no ordenó la clausura de la página web por considerar que, al igual que declaración de ilicitud de la asociación demandada, sería improcedente y equivaldría a instaurar una suerte de censura. En cuanto a la petición de nulidad del acuerdo constitutivo de la asociación, el Juez señaló que no existía causa bastante para disolverla, pues no se había probado la simulación ni desvirtuado la presunción de existencia y licitud de la causa del negocio (art. 1277 CC).

Todas las partes interpusieron recurso de apelación y la Audiencia Provincial absolvió a los codemandados. Respecto a la solicitud de que se acordara la disolución de la asociación, la Audiencia confirmó la decisión del Juzgado, señalando: 1) que no se considera que la causa supuestamente disimulada fuera ilícita, ya que muchas de las informaciones y publicaciones publicadas por los demandados relativas a los demandantes no suponían infracción alguna; 2) que no consta que los fundadores de la asociación tuvieran en la cabeza ya entonces la idea de crear el blog; 3) que no se considera que una actividad consistente en poner de manifiesto noticias verdaderas, de interés público, que desacreditan moralmente a los responsables de la publicación de noticias relativas a los asociados, sea contraria o no esté en línea con los fines de la asociación.

Los demandantes interpusieron recurso de casación, alegando la infracción del artículo 38.2.b) LO 1/2002, de los artículos 1275 y 1276 CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la simulación absoluta del negocio jurídico por causa ilícita. La cuestión principal del recurso de casación es la declaración de nulidad del acuerdo constitutivo de la asociación y de la misma asociación, por constituir, según los recurrentes, un negocio simulado con causa ilícita, al suponer un uso desviado y abusivo de la libertad de información que ha provocado una intromisión en los derechos fundamentales de los demandantes. El Tribunal Supremo desestima el recurso, al entender que no se advierte la ilicitud denunciada ni en los fines ni en la actividad de la asociación.

NOTA.—Sobre el contenido del derecho de asociación, *vid.*, las SSTC 173/1998, de 23 de julio, y 56/1995, de 6 de marzo. En cuanto a la aplicación de la licitud civil de la causa a las asociaciones, *vid.*, STC 5/1996, de 16 de enero y SSTS de 21 de abril de 1926, 31 de diciembre de 1979 y 2 de diciembre de 1992. (*S. L. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Cláusula suelo. Control de transparencia. La intervención notarial no dispensa del deber precontractual de información.—Es notoria la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. La intervención notarial no dispensa del deber precontractual de informa-

ción. La lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por sí, la finalidad o razón de ser de la exigencia de transparencia. El fedatario público interviene en el momento final del *iter* contractual, cuando las voluntades ya están conformadas, y cuando la posibilidad del prestatario de dar marcha atrás deviene excepcional. De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día. (STS de 7 de abril de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Fausto interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Popular, en la que solicitaba la nulidad de la cláusula suelo dispuesta en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por el demandante y la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada.

El demandante interpone un recurso de casación que es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.ª M. F.*)

10. Cláusulas abusivas. Comisión por ingreso en efectivo y pago de recibos por terceros en ventanilla.—Las cláusulas que fijan comisiones son cláusulas no negociadas individualmente sujetas al control de abusividad. Es abusivo cobrar comisiones por realizar ingresos de efectivo o pago de recibos en ventanilla, ya que las referidas comisiones no retribuyen ningún servicio distinto al servicio de caja que ya está remunerado por la comisión de mantenimiento de la cuenta bancaria. (STS de 26 de abril de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La Asociación de Personas Consumidoras y Usuaris Vasca Eka/Acuv interpuso un demanda contra Kutxabank ejercitando una acción de cesación respecto del cobro de «una comisión de 2 euros por cada ingreso en efectivo realizado por terceras personas con información adicional (concepto) incorporado en el justificante a solicitud del ordenante. Aplicable a la persona que efectúa el ingreso» y de «una comisión de 2 euros por cada recibo normalizado pagado en efectivo. Aplicable a la persona que efectúa el pago». Se alegaba que dichas comisiones eran abusivas por no responder a gastos habidos o servicios prestados distintos del servicio de caja retribuido por la comisión de mantenimiento. Sin embargo, Kutxabank se opuso alegando que «la comisión impugnada constituye el precio del servicio prestado a un tercero que no mantiene relación contractual con la entidad financiera; y el acuerdo sobre dicha comisión constituye un contrato de servicios propiamente dicho y no una cláusula contractual, pues un contrato de esta clase no tiene cláusulas ni, consecuentemente, condiciones generales de la contratación».

Por el contrario, el Tribunal Supremo declaró que la comisión establecida no retribuía ningún servicio adicional al servicio de caja que ya estaba remunerado por la comisión de mantenimiento de la cuenta bancaria, por lo que la cláusula debía ser declarada abusiva. (A. A. O.)

11. Integración del contrato de consumo con cláusulas abusivas.—Según el artículo 83 TRLGDCU, las cláusulas abusivas en contratos de consumo son nulas de pleno derecho y deben tenerse por no puestas, sin que quepa en principio la integración por el Juez. No obstante, cuando su supresión conlleve la nulidad del contrato en su conjunto y ello suponga un grave perjuicio para el consumidor, es posible sustituir la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional supletoria. En esta sentencia, el Tribunal Supremo aplica esta doctrina a una cláusula de intereses en un préstamo hipotecario que remite a dos tipos de referencia eliminados por el legislador durante la ejecución del contrato. (STS de 19 de mayo de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—En un préstamo hipotecario a interés variable, referenciado al IRPH Cajas de Ahorro y, con carácter sustitutivo, al índice CECA, se incluyó una cláusula en virtud de la cual, en caso de que dejaran de publicarse dichos índices, se continuaría aplicando el último tipo de interés publicado durante el resto de la vigencia del contrato. Como consecuencia de la supresión de ambos tipos de referencia a raíz de la DA 15.^a de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, la entidad prestamista A activó dicha cláusula de cara a los vencimientos posteriores.

Ante esta situación el prestatario, B, interpuso demanda contra la entidad bancaria solicitando que se declarase la abusividad de dicha cláusula, en la medida en que convertía *de facto* el préstamo a tipo variable en un préstamo a tipo fijo. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente sus pretensiones y ordenó la devolución de las cantidades cobradas de más, fijando asimismo como índice sustitutivo el Euríbor. Contra esta sentencia A interpuso recurso de apelación, que fue parcialmente estimado en el sentido de que el índice sustitutivo debía ser el IRPH Entidades de Crédito y no el Euríbor. Recurrida en casación por B, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, razonando que las cláusulas abusivas se pueden sustituir por disposiciones supletorias de Derecho nacional cuando no hacerlo determinaría la nulidad total del contrato en perjuicio grave del consumidor y que, dado el carácter oneroso del préstamo, este no podría subsistir sin la cláusula de intereses remuneratorios.

NOTA.—Como regla general, según la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE dada por la STJUE de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito), las cláusulas abusivas deben tenerse por no puestas y no deben ser integradas. Sin embargo, esta doctrina tiene una excepción cuando la nulidad de la cláusula vicia el contrato en su conjunto, en cuyo caso puede reemplazarse por una norma supletoria de Derecho nacional —SSTJUE de 30 de abril de 2014 (Kásler y Káslerné Rábai) y 21 de enero de 2015

(Unicaja Banco y otros)–. La integración puede consistir en la renegociación de los términos del contrato por las partes –STJUE de 27 de abril de 2023 (MJ contra AxFina Hungary)– o en la aplicación por el Juez de disposiciones legales supletorias, siempre que estas sean específicas y no de carácter general –STJUE de 31 de marzo de 2022 (Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt.)–. En un caso similar al enjuiciado en la sentencia aquí extractada, la STJUE de 3 de marzo de 2020 (Gómez del Moral Guasch) ha reconocido expresamente que esta excepción abarca la posibilidad de reemplazar el índice de referencia pactado en un préstamo por un índice sustitutivo previsto en la ley como supletorio. (C. C. S.)

12. Moderación de cláusula penal en contrato de subarrendamiento de local.–No procede la moderación cuando el incumplimiento de la obligación (duración mínima del contrato) fue total y se pactó como esencial, incluso cuando en un breve periodo de tiempo se volvió a arrendar el local. (STS de 20 de abril de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–Starboard suscribió un contrato de arrendamiento de unas salas de cine con UGC, este contrato contenía una cláusula penal de un máximo de dos anualidades de renta, en caso de incumplimientos esenciales del arrendatario, entre ellos, resolver el contrato antes de su término en quince años o cesar la actividad de exhibición de películas durante más de treinta días.

Tras ello, UGC suscribió un contrato de subarrendamiento con Cinesa, en el que incorporaba una cláusula penal idéntica, matizando que la duración del contrato era esencial ya que, de mantenerse el contrato por tiempo inferior, UGC no suscribiría dicho contrato. Asimismo, se estipuló una cláusula de indemnidad por la que Cinesa se obligaba a resarcir los daños y perjuicios que pudiera exigir Starboard a UGC por causa imputable a Cinesa.

Cuatro años antes de la llegada del término del contrato de subarriendo, Cinesa resolvió el contrato sin causa justificada. Dado que no se exhibieron películas por más de treinta días, Starboard resolvió el contrato con UGC exigiendo el abono de la cláusula penal, lo que fue satisfecho por el aval a primer requerimiento constituido al efecto. Además, Starboard arrendó nuevamente el local en cuatro meses. Cinesa, por su parte, demandó a UGC alegando determinados incumplimientos justificantes de la resolución, interesando una indemnización de daños y perjuicios. UGC se opuso y reconvino, solicitando que se condenara a Cinesa a abonar el importe de la cláusula penal. En estas circunstancias, Cinesa solicitó que se desestimaran las pretensiones de UGC y, en todo caso, se moderara la cláusula penal ya que el perjuicio no fue tan elevado, pues Starboard solo estuvo cuatro meses sin arrendatario.

El Tribunal Supremo desestimó las pretensiones de Cinesa declarando que la facultad de moderación de la pena solo debe tener lugar cuando el incumplimiento es parcial, no total como sucedió en el caso de autos. Además, el daño padecido por UGC fue el del pago de su cláusula penal por completo, con independencia de que Starboard arrendara o no el local con relativa rapidez. (A. A. O.)

13. Concurso de acreedores. Modificación lista acreedores: trámites.—El trámite que debe seguirse según que el informe de la administración concursal sea contrario o favorable a la modificación pretendida por el acreedor será: Si es contrario, le corresponde al acreedor presentar una demanda de incidente concursal en un plazo de diez días. Y si es favorable, se dará traslado a las partes personas para que también en un plazo de diez días formulen sus alegaciones: si no hay alegaciones o no son contrarias a la modificación solicitada e informada a favor por la administración concursal, el juez acordará la modificación sin que quepa recurso alguno; mientras que, si hay alegaciones en contra, a la vista de todas ellas, el juez resolverá por auto, que será susceptible de apelación.

Plazo preclusivo.—Si el informe de la administración concursal es contrario a la modificación, corresponde al acreedor instar su pretensión mediante una demanda de incidente concursal, en un plazo de diez días. El problema surge en relación con el comienzo del cómputo de este plazo. No hay duda de que es un plazo preclusivo, lo que supone que el transcurso del mismo antes de que se haya presentado la demanda conlleva que ese derecho ya no podrá hacerse valer más adelante. Este efecto tan drástico de la preclusión requiere la seguridad de que el afectado por esta carga de presentar la demanda conozca con toda certeza su existencia y el momento a partir del cual comienza el cómputo de este plazo procesal.

Seguridad mediante el traslado del informe negativo al acreedor.—Esta seguridad se consigue con una comunicación por parte del órgano judicial al acreedor que pretende la modificación, en la que se le dé traslado del informe negativo, esto es, no sólo de que la administración concursal ha informado negativamente, sino también de las razones que lo justifican, y se le conceda un plazo legal de diez días para presentar la demanda de incidente concursal, si a la vista del informe persiste en su pretensión de modificación de la lista de acreedores. Tanto si el acreedor está ya personado en el procedimiento concursal, como si no lo está, en cuyo caso habrá que emplazarlo, el acto de comunicación del juzgado para con ese acreedor debe dar cuenta del resultado negativo del informe de la administración concursal y ponerlo a su disposición, además de indicar con toda claridad que a partir de ese momento tiene un plazo preclusivo de diez días para interponer la demanda.

Examen de procedencia de la modificación de la lista de acreedores.—El hecho de que en la lista de acreedores apareciera junto con el reconocimiento del crédito como contingente, una clasificación del mismo como subordinado del artículo 92.3 LC, no impide que una vez cumplida la contingencia, cuando se solicita la modificación de la lista de acreedores y son reconocidos esos créditos, se les pueda atribuir entonces la clasificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza, tal y como prevé el párrafo segundo del artículo 97.4 LC. De hecho, la clasificación del crédito al tiempo de ser reconocido como contingente carece de relevancia práctica, siendo más tarde, cuando se modifica la lista de acreedores por desaparición de la contingencia, cuando sí tiene sentido su clasificación y es, propiamente, el momento de hacerlo.

Discordancia por defecto de técnica legislativa.—La discordancia generada por la doble mención a la clasificación en el artículo 87.3 LC, al reconocer el crédito como contingente, y el artículo 97.3.4.º LC, al modificar la lista de acreedores como consecuencia del cese de la contingencia, vino provocado por un defecto de técnica legislativa cuando se introdujo este último precepto, con la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La mención del artículo 87.3 LC

proviene de la originaria redacción de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en el que no se preveía expresamente la modificación de los textos definitivos de la lista de acreedores. Entonces tenía sentido que la lista de acreedores, al reconocer los créditos contingentes ya previera su calificación, para que una vez cesada la contingencia pasara a tenerse por reconocido por su cuantía y con la clasificación que se le había dado, sin que la ley estableciera trámite alguno. Fue la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la que modificó el artículo 97 LC, para recoger los supuestos en que debía proceder la modificación de la lista definitiva de acreedores, entre los que se encontraba el cese de la contingencia, e introdujo el artículo 97 bis, que regula el trámite para la modificación. En el caso de los créditos que dejan de ser contingentes, el artículo 97.3.4.º LC, en su párrafo segundo, expresamente prevé que al ser reconocidos «tendrán la clasificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza». La ley estableció con claridad la necesidad de clasificar en este momento el crédito que dejaba de ser contingente, lo que para estos casos suponía dejar sin efecto la mención a la clasificación en el artículo 87.3 LC.

Crédito de un fiador de la concursada.—Es cierto que, con carácter general, como prescribe el artículo 87.3 LC para los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos, los créditos contingentes son reconocidos como tales, sin cuantía propia, y con la clasificación que les corresponda. Pero un supuesto en que el crédito de un fiador de la concursada se ha reconocido inicialmente como crédito contingente, su clasificación no procede hasta que se llegue a ejecutar el afianzamiento y se subroge en la posición del acreedor principal. Es entonces cuando habrá que clasificarlo, de acuerdo con las reglas legales, entre las que destaca la del artículo 87.6 LC, según la interpretación jurisprudencial.

Concurso del hipotecante no deudor del crédito garantizado.—En principio, en el concurso del hipotecante no deudor el crédito garantizado con la hipoteca no debe aparecer en la lista de acreedores, porque, propiamente, no es acreedor del hipotecante. Frente al hipotecante no deudor, el acreedor hipotecario no ostenta ningún crédito. Sin perjuicio de que en el inventario sí aparezca el bien con su carga, la hipoteca, que lógicamente debe ser tenida en cuenta a la hora de valorar el bien. Sí resultan de aplicación las normas contenidas en el artículo 56 LC (en la actualidad, arts. 145 ss. TRLC) sobre los efectos de la declaración de concurso sobre el ejercicio de las garantías reales que graven bienes del concursado. De tal forma que en un caso en que el concursado fuera hipotecante no deudor, no sería necesario que el crédito del acreedor hipotecario apareciera reconocido en la lista de acreedores, pues no es un crédito concursal, ni mucho menos tendría sentido clasificarlo como sostiene la administración concursal.

Intereses garantizados con hipoteca.—La garantía hipotecaria cubre tanto los intereses remuneratorios, como los moratorios, dentro el límite previsto en el artículo 114 LH. En el caso de los remuneratorios, son no sólo los devengados antes de la declaración de concurso, sino también los devengados después, en aplicación del artículo 59 LC. Pero en el caso de los intereses moratorios, tan sólo serán los anteriores a la declaración de concurso, pues la previsión del artículo 59 LC debe entenderse referida sólo a los remuneratorios. (STS de 15 de marzo de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad C. R. de G., S. C. A. de C. interpuso demanda de incidente concursal ante el

Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón, contra la administración concursal de la entidad G. y B. S. L., solicitando se dictase sentencia por la que declarase cumplida la condición o contingencia prevista, y por definitivo el impago del crédito por F. y H. G., S. A., a favor de la que fue garantizada solidariamente por la concursada G y B, S. L., con renuncia a los beneficios de orden, división y excusión de bienes. Asimismo para asegurar el buen fin de la operación la concursada G y B, S. L. constituyó garantía hipotecaria sobre varias fincas de su propiedad, solicitando se le otorgue la clasificación que le corresponde con arreglo a su naturaleza: crédito con privilegio especial del artículo 90.1.1.º LC; igualmente que se acuerde la modificación de los textos definitivos en el sentido de clasificar como privilegiado especial del artículo 90.1.1.º LC un crédito a su favor con garantía hipotecaria, así como que se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento. La parte demandada se opuso a la demanda solicitando su desestimación. El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda, al entender que había precluido para la entidad demandante la facultad de modificar los textos definitivos al amparo del procedimiento regulado en el artículo 97 bis LC, pues la entidad actora ya había instado esta modificación de la Administración concursal, que se opuso en el informe presentado ante el juzgado, sin que la acreedora hubiera promovido el preceptivo incidente en el plazo de los 10 días, conforme al artículo. 97 bis LC. Recurrida en apelación por la representación procesal de la entidad C. R. de G., S. C. A. de C., la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

14. Arrendamiento urbano de vivienda. Desahucio por impago de la renta. Compensación.—La sumariedad del juicio de desahucio por falta de pago de la renta determina que en su ámbito no puedan discutirse cuestiones que no sean las relativas al pago de la renta o la procedencia de la enervación de la acción, sin que quepa, con carácter general, ampliar los motivos de oposición a otras causas de extinción de las obligaciones previstas en el artículo 1156 CC, que distingue, por una parte, entre pago, identificado como prestación debida en los términos pactados en la relación obligatoria, en este caso en el contrato de arrendamiento; y compensación, concebida ésta última como causa de extinción de una obligación sin ejecución de la prestación debida, y que carece de anclaje adecuado en estos procedimientos sumarios de desahucio por falta de pago de la renta, caracterizados por su cognición judicial limitada, ausencia de complejidad, y carencia de efectos de cosa juzgada. (**STS de 7 de marzo de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La parte actora, arrendadora de una vivienda, demandó a la arrendataria solicitando el desahucio por falta de pago de la renta. La demandada no discutió el impago de la renta, si bien opuso la compensación, toda vez que la demandante había sido condenada, por sentencia firme, a abonar a la arrendataria la

cantidad de 5.906,40 euros, por ejecución de obras de reparación que correspondían a la arrendadora.

El juzgado desestimó la demanda, al entender que concurrían los requisitos para que operase la excepción de compensación. La audiencia revocó la sentencia de primera instancia al considerar haber lugar al desahucio por falta de pago de la renta y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la arrendataria.

NOTA.—De acuerdo con el artículo 250.1.1.º LEC, el procedimiento de desahucio por falta de pago o terminación del contrato de arrendamiento se decidirá en el juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía; mientras el artículo 438.3 de la misma ley procesal, relativo al juicio verbal, establece que el demandado podrá oponer en la contestación a la demanda un crédito compensable.

En consecuencia, la compensación ha de admitirse cuando a la acción de desahucio se acumula la reclamación de cantidad (de las rentas no pagadas). Esto se debe a que la acción de reclamación de deuda tiene efecto de cosa juzgada, por lo que se permiten más causas de oposición que cuando se reclama solo el desahucio (que no tiene efecto de cosa juzgada). En el caso de existir un crédito compensable del arrendatario, se le perjudicaría si la deuda del arrendador hacia él no pudiese extinguirla mediante compensación, conforme al artículo 1156 CC. (*I. D.-L.*)

15. Desahucio por impago de la renta del arrendamiento de vivienda por obras de conservación no repercutidas parcialmente al arrendatario en contrato sujeto a la Ley de arrendamientos urbanos de 1964 y anterior al Decreto Boyer.—De conformidad con la Sala Primera del Tribunal Supremo, debe asimilarse la repercusión del coste de las obras al arrendatario como parte del pago de la renta, según el artículo 108 LAU 1964. No obstante, no procede la resolución del contrato por falta de pago, ni la repercusión del coste de las obras de conservación por caducidad de la acción de elevación de renta, habida cuenta del transcurso del plazo de tres meses previsto en el artículo 101. (**STS de 18 de mayo de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Vidal y Débora, interpusieron demanda de juicio verbal por desahucio por impago de la renta del arrendamiento de vivienda, aportando la contraparte los correspondientes justificantes de pago. Dichos justificantes aportados, por importe de 8,16 euros, corresponden a diversos conceptos: 1,32 euros por atrasos del año 2014; 6,84 euros por la diferencia del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de las mensualidades de enero a abril de 2015, a razón cada una de ellas de 1,71 euros; y sendos resguardos de ingreso en la cuenta de los demandantes, por las mensualidades de marzo y abril de 2015.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, declarando resuelto el contrato de arrendamiento, condenando al arrendatario a abonar a los arrendadores el importe de las obras realizadas, correspondiente a la mitad del importe del arrendamiento en curso, así como abonar la renta en curso, correspon-

diente este último a 446,78 euros, más el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, así como la condena en costas. Se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestima, y recurso de casación, que se estima, casando la sentencia en apelación y condenando en costas a Vidal y Debora.

NOTA.—Respecto del recurso de casación, en cuanto al fondo del asunto y considerando la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, la Sala Primera formula las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la vulneración se produce porque la sentencia recurrida no considera como una cantidad asimilada a la renta la repercusión al arrendatario del importe de las obras de reparación realizadas por el arrendador, según el artículo 108 LAU 1964. Dicho precepto y la doctrina jurisprudencial consideran que las cantidades a pagar por el arrendatario, derivadas de la repercusión del importe de las obras realizadas por el arrendador, son cantidades asimiladas a la renta. Consecuencia directa de esta doctrina es que el procedimiento para la elevación de la renta o conceptos que a la misma se asimilan es el contenido en el artículo 101.

En segundo lugar, también considera infringido el 101.2. en relación con el artículo 108.1 porque que no es aplicable la caducidad de la acción contemplada en la regla segunda apartado quinto del artículo 101, por tratarse de una repercusión por obras y no de renta, y ello a pesar de que todo el contenido del artículo 101, donde expresamente figura el plazo de caducidad de la acción de tres meses, es aplicable tanto a los casos de elevación de la renta como a los de elevación de los conceptos que a la misma se asimilan.

Finalmente, cabe observar críticamente que la diferencia cuantitativa y, por tanto, objetiva, entre las cantidades depositadas en primera instancia y las condenadas en apelación es la manifestación del desequilibrio económico ocasionado al arrendador, que subyace en la formulación de esta pretensión, y que es la consecuencia directa de la acumulación de la prórroga forzosa e indefinida y la congelación de la renta. (C. A. C.)

16. Arrendamientos urbanos: Interpretación de la Disposición transitoria 3.ª LAU 1994: es arrendatario el que lo fuera en el momento de la entrada en vigor de esta Ley.—Cuando esta disposición se refiere al arrendatario, lo está haciendo al actual, es decir, al que lo es a la entrada en vigor de la LAU 1994, con independencia, dado que ninguna discriminación establece, que se trate del arrendatario original o del que hubiera pasado a ocupar su posición contractual.

Arrendamiento en el que se efectuó traspaso de local de negocio bajo la vigencia de la LAU de 1964. Disposición transitoria 3.ª LAU 1994. Duración del contrato: hasta la muerte o jubilación del arrendatario.—Cuando el traspaso ha tenido lugar bajo la vigencia de la LAU de 1964, pasa a ser arrendatario a todos los efectos, es decir, con todos los derechos, incluido el derecho a la prórroga forzosa, y todas las obligaciones, el adquirente, por lo que, fuera de los casos en que dicha prórroga pueda ser denegada, su derecho a permanecer en el uso del local se extiende, por regla general, hasta su jubilación o fallecimiento, ya que, de no ser así, se le estaría privando de

un derecho adquirido en virtud de la ley vigente cuando el traspaso se produjo, momento en que incluso era irrenunciable anticipadamente el derecho a la prórroga forzosa.

Esta doctrina se aplica, siempre que se trate de contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985, que se encuentren en situación de prórroga legal, cuyo arrendatario sea una persona física, y cuando el traspaso se produzca bajo la vigencia de la LAU 1964, con independencia de que haya tenido lugar en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la LAU de 1994 (STS 863/2021, de 14 de diciembre). **(STS de 31 de marzo de 2022;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—En marzo de 1973 se celebró un contrato de arrendamiento de local de negocio. Posteriormente, en julio de 1980, los arrendadores donaron el local a sus nietos. Luego, falleció el arrendatario, subrogándose su viuda que continuó con la misma actividad. Más adelante esta última traspasó el local a una persona física. En 2019 los arrendadores comunicaron al arrendatario su voluntad de no renovar el contrato, y, ante su negativa, le pusieron una demanda de desahucio por terminación del plazo contractual.

El juzgado desestimó la demanda. La audiencia apreció el recurso de apelación al entender que al haberse producido el traspaso en los 10 años anteriores a la entrada en vigor de la LAU-1994, el contrato estaba extinguido. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por el arrendatario. (C. O. M.)

17. Usura. Tarjetas de crédito «revolving».—No es usuraria una tarjeta de crédito revolving con una TAE del 24,5% durante la década comprendida entre 1999 y 2009 ya que las TAE aplicadas por las entidades de crédito en dicho periodo frecuentemente superaban el 23%, 24%, 25% y hasta el 26% anual. **(STS de 4 de mayo de 2022;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Se discute en este litigio si el contrato de tarjeta revolving suscrito entre las partes en 2006, con una TAE del 24,5%, es usurario. La defensa del prestatario solicitaba que se declarase usuraria la tarjeta porque su TAE superaba el doble de los tipos medios de las operaciones de crédito al consumo ordinarias (no con tarjeta de crédito) de las estadísticas del Banco de España, tal y como realizó la STS de 25 de noviembre de 2015. De contrario, se interesaba que se declarase la validez el tipo pactado ya que la STS de 4 de marzo de 2020 había concluido que no era apropiado comparar las TAE de estos productos concretos con los tipos medios de las operaciones de crédito al consumo ordinarias, sino que debía compararse con los tipos medios del propio mercado de las tarjetas de crédito revolving que oscilaban entre el 23 y el 26% TAE.

La Sala Primera del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación y rechazó que la tarjeta de crédito fuera usuraria afirmando que «[l]os hechos fijados en la instancia, que deben ser respetados en el recurso de casación, consisten en que los datos obtenidos de la base de datos del Banco de España revelan que, en las fechas

próximas a la suscripción del contrato de tarjeta revolving, la TAE aplicada por las entidades bancarias a las operaciones de tarjeta de crédito con pago aplazado era frecuentemente superior al 20% y que también era habitual que las tarjetas revolving contratadas con grandes entidades bancarias superasen el 23%, 24%, 25% y hasta el 26% anual», de suerte que una TAE del 24,5% no era notablemente superior al interés normal del dinero. (A. A. O.)

18. Préstamo hipotecario titulado en participaciones hipotecarias. Legitimación activa para el ejercicio de acciones tras el impago.—El banco que concedió el préstamo 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. No se trata de una legitimación extraordinaria, sino de la legitimación derivada de la posición jurídica que el emisor tiene en la relación negocial *sui generis* derivada de la emisión de participaciones hipotecarias sobre un préstamo hipotecario preexistente que concertó con el deudor, 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 (Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario). A ello no obsta que el titular de la participación pueda estar también legitimado si no recibe los pagos a que tiene derecho con base en la participación debido, a su vez, al impago del deudor hipotecario.

Vencimiento anticipado. Incumplimiento esencial.—Al amparo del artículo 1129 CC, el acreedor está facultado para declarar el vencimiento anticipado cuando se produce un incumplimiento en el pago de las cuotas vencidas de entidad suficiente como para revelar la falta de seguridad del pago del crédito. El artículo 24 la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, establece un parámetro razonable de lo que puede considerarse como incumplimiento esencial y suficientemente grave para que el acreedor declare el vencimiento anticipado.

Resolución por incumplimiento. Vencimiento anticipado. Incongruencia.—Si el demandante pide que se declare el vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de préstamo hipotecario conforme al artículo 1129 CC, es incongruente la sentencia que acoge una pretensión de resolución contractual en base al artículo 1124 CC, que no había sido formulada en la demanda. (STS de 4 de mayo de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—CaixaBank interpuso demanda de juicio ordinario contra Adolfina y Francisco, en la que solicitaba el vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de préstamo hipotecario y de fianza, y la condena, de forma solidaria, al prestatario y al fiador al pago de la totalidad de las cantidades debidas.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por falta de legitimación activa de la actora. CaixaBank recurrió en apelación la sentencia de primera instancia y la Audiencia Provincial estimó el recurso y la demanda.

Los demandados han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo desestima los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y el motivo del recurso de casación, aunque estima el tercer motivo del recurso por infracción procesal. (*J. M.^a M. F.*)

19. Validez de los pactos parasociales. Inoponibilidad frente a la sociedad.—Los pactos parasociales son convenios celebrados por todos o algunos de los socios de una sociedad mercantil con el objeto de regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y los estatutos. Se trata de un contrato asociativo distinto del contrato social, que no se integra en el ordenamiento de la persona jurídica, de forma que despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones obligatorias de quienes lo celebran. Del artículo 29 LSC se desprende que los pactos parasociales son válidos y eficaces entre las partes que los suscriben, pero no oponibles a la sociedad. El punto de partida de este principio de inoponibilidad de los pactos parasociales, suscritos al margen del contrato de sociedad, se encuentra en la idea de que deben producir sus efectos únicamente en la esfera de las relaciones obligatorias de quienes los han suscrito, conforme al principio de relatividad de los contratos (arts. 1257 CC y 1091 CC). (**STS de 7 de abril de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Amparo interpuso demanda contra sus hermanos Gregorio, Gabino y Angelina, y contra las mercantiles Sánchez Cano, S.A. y Fini Sweets International S.L.U., en la que solicitaba el cumplimiento de los acuerdos 2 y 5 de los pactos parasociales firmados el 25 de octubre de 2001. El juzgado de primera instancia dictó sentencia por la que estimó en parte la demanda.

La sentencia de primera instancia fue apelada por Sánchez Cano S.A. y por Fini Sweets Internacional S.L.U., y los hermanos Gabino y Gregorio. La Audiencia Provincial estimó el recurso por falta de legitimación pasiva de las mercantiles condenadas, al no haber sido parte en los pactos parasociales.

La demandante ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y otro de casación. El Tribunal Supremo desestima los recursos por infracción procesal y de casación. (*J. M.^a M. F.*)

20. Interpretación del artículo 5.2 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.—El Tribunal Supremo reitera el criterio ya establecido en su jurisprudencia (SSTS 246/1996, de 1 de abril y 680/2021, de 7 de octubre) sobre la interpretación de este precepto. Así, el artículo 5.2 LRSCVM debe ser interpretado en el sentido de que, «en los casos de accidente de tráfico de un vehículo articulado debido a la culpa del conductor del camión-tractor, efectivamente excluye dicha cobertura porque el semirremolque se asimila a las «cosas transportadas» en el camión-tractor». (**STS de 24 de abril de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Ges Seguros y Reaseguros S.A. (aseguradora de un semirremolque accidentado), tras indemnizar a su asegurada, ejerció acción subrogatoria contra Van Ameyde España S.A. (aseguradora del camión-tractor) solicitando el reintegro de lo pagado más los intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y Van Ameyde España S.A., recurrió en apelación. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso modificando la sentencia en el único sentido de señalar que el principal devengará el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda.

La parte demandada interpone recurso de casación contra la sentencia en segunda instancia por existencia de interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—La clave de la controversia gira en torno a la interpretación del artículo 5.2 del 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. En el asunto resuelto por la STS 680/2021, de 7 de octubre, el Tribunal Supremo 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 fallo del TJUE estableció que la mencionada Directiva no impide una interpretación que excluya de la cobertura del seguro obligatorio los daños materiales ocasionados por el camión-tractor al semirremolque por él transportado. (*M. S. G.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. La calificación de la servidumbre de luces y vistas como aparente, continua y negativa.—Los artículos 581 y 582 CC regulan restricciones o limitaciones del derecho de propiedad para abrir huecos o ventanas en pared propia. Con estas limitaciones del dominio se pretende contribuir al respeto de la privacidad, evitando una observación directa, por medio de la vista, de lo que sucede en el predio colindante. El derecho a abrir los huecos o ventanas de referencia no deriva de ninguna servidumbre legal, sino del mismo derecho de propiedad, aunque limitado en su ejercicio por relaciones de vecindad. Además, tal derecho coexiste con el correlativo del fondo contiguo a edificar libremente, e incluso, en el caso del artículo 581 CC, a cubrirlos levantando pared aneja a la que tenga el hueco. Esa misma naturaleza jurídica tienen las limitaciones de distancias impuestas por el artículo 582 CC.

El derecho del propietario del fondo colindante a exigir que se respeten esas limitaciones o prohibiciones a través de la acción correspondiente o, en su caso, el de cerrarlos edificando en su terreno o elevando una pared contigua, puede quedar enervado cuando el propietario del predio en que se hayan abierto los huecos o ventanas haya adquirido «por cualquier título» un derecho de vistas directas, balcones o miradores sobre aquél. En este caso, con-

forme al artículo 585 CC, «el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia».

Entre los títulos de adquisición de este derecho de vistas, junto con los procedentes de un negocio jurídico, deben incluirse la usucapión, pues, partiendo de la premisa de que toda servidumbre de luces y vistas es continua y aparente, son susceptibles de ser adquiridas por prescripción de veinte años, conforme a los artículos 537 y 538 CC.

Para el cómputo de ese plazo resulta esencial diferenciar entre las servidumbres de luces y vistas positivas y negativas; respecto de estas últimas, resulta aplicable la regla del artículo 538, que determina como *dies a quo* el *dies contradictorius*, es decir, aquel en que el dueño del predio dominante hubiese prohibido por un acto formal al del sirviente la ejecución de un hecho que sería lícito sin la servidumbre.

Conforme al párrafo segundo del artículo 533 CC, es positiva la servidumbre que «impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo», y es negativa la servidumbre que «prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre».

Incluso en el caso de que las normas administrativas o urbanísticas admitan la construcción de voladizos, y en su virtud se obtenga una autorización de la Administración para su edificación, ello no comporta la derogación de las limitaciones y distancias de los artículos 582 y 583 CC, pues solo supone que no existe para ello obstáculo administrativo.

Cómputo del plazo de prescripción de la acción negatoria de servidumbre.—En virtud de sentencias de 6 de marzo de 1991 y 518/2004, de 3 de junio: «Sólo cabe la prescripción adquisitiva, fundada en otorgar fijeza y seguridad jurídica a las situaciones de hecho, si éstas, las situaciones de hecho, no han sido contradichas durante cierto tiempo, en cuyo caso pasan a ser jurídicas en aras a la paz social que el Derecho protege, (...), pues mal se podía haber usucapido si el Derecho no hubiere sido abandonado por su titular con su no ejercicio, porque ejercitado se hubiere interrumpido la usucapión, de tal forma que ésta lleva ínsita la prescripción extintiva del Derecho del primitivo titular, que deja de serlo por su abandono unido a la adquisición por otro; son, pues, una y otra prescripción, así contempladas, vertientes o puntos de mira diversos, pero conexos, de un mismo fenómeno jurídico».

El artículo 1969 CC es una norma general sobre el inicio del cómputo del plazo de la prescripción que cede ante las disposiciones especiales y que, por ello, no puede aislarse de la especialidad que en materia de posesión de las servidumbres negativas de luces y vistas resulta del artículo 538 CC, aunque éste se refiera a la prescripción adquisitiva. La posesión hábil, *ad usucapionem*, para adquirir el derecho del titular del pretendido predio dominante no comienza sino «desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre». Mientras tanto la conducta del dueño del pretendido predio sirviente es de mera tolerancia, no apta por sí sola para fundar la prescripción extintiva de la acción negatoria, y cuya significación para la usucapión está limitada por la especial regla sobre el cómputo del plazo del artículo 538. (STS de 26 de abril de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Rita interpone demanda de juicio ordinario contra Palmira, Leoncio, Petra y Purificación. Solicita se dicte sentencia

declarando la procedencia de la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas y se ordene que los demandados procedan a la demolición de una construcción ilegal. La demanda es desestimada.

Rita recurre en apelación. El recurso es estimado, por lo que procede declarar que la finca propiedad de Rita no está gravada con servidumbre de luces y vistas a favor de la finca colindante por el norte, propiedad de los cuatro codemandados. Procede también condenar a los cuatro a que procedan a realizar de forma inmediata las obras necesarias para impedir que desde la terraza edificada entre el frente de su casa y el vial público se puedan tener vistas sobre la propiedad o copropiedad de Rita.

Palmira, Leoncio, Petra y Purificación interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Fundamentan el recurso de casación en que se trata de una servidumbre aparente, continua y positiva. De este modo, al llevar más de treinta años levantada la referida construcción, la denominada servidumbre de luces y vistas por la actora/recurrida habría sido adquirida por la prescripción de veinte años legalmente establecida.

El recurso es desestimado. En este caso, la construcción que ha generado la situación de vistas sobre el fundo de Rita consiste en un semisótano, con cubierta superior al nivel de la planta baja del edificio pero elevado sobre la línea de rasante del lindero común con la finca de la demandante, y que ha sido delimitado perimetralmente por una barandilla de forma que genera un espacio pisable o terraza desde la que se obtienen vistas directas sobre la parcela copropiedad de la demandante, sin respetar las distancias impuestas por el artículo 582 CC. Se trata de una construcción íntegramente ubicada dentro de los límites de la parcela de los demandados, sin invasión u ocupación alguna del suelo o del vuelo de la finca de la demandante, de tal forma que existe una situación de perturbación de la intimidad y privacidad familiar, cuya evitación constituye la *ratio* de los artículos 581 y 582, sin que conste un hecho obstativo concreto y formal anterior que hubiera podido justificar el comienzo del cómputo del plazo de prescripción.

Por otro lado, no existe prescripción extintiva de la acción negatoria de servidumbre por dos motivos. Por un lado, respecto de la pretensión de retrotraer el inicio del cómputo del plazo a la fecha de la ejecución de la obra del semisótano, esa fecha no es aquí la determinante, pues lo relevante a los efectos de evitar la intromisión que deriva de una servidumbre de vistas sobre finca contigua es la instalación de una barandilla que convierte aquella cubierta en una terraza equiparable a estos efectos a un balcón. Y no ha quedado probado que la fecha de la instalación de la citada barandilla sea la de ejecución de aquella construcción o que su antigüedad sea superior a treinta años. Por otro lado, consta que la demandante había mantenido su residencia en otro municipio y que a su regreso al municipio en cuestión se instaló en su actual vivienda y que comenzó a quejarse por la instalación de la barandilla, revelando así un *ius conservandi* incompatible con la prescripción de su derecho y de la acción negatoria destinada a su protección, y discordante con el criterio restrictivo con el que ha de ser interpretada la prescripción. (T. R. C.)

DERECHO DE FAMILIA

22. El interés superior del menor. Valoración.—En primer lugar, el Tribunal Supremo apunta que el interés superior del menor es un concepto que debe valorarse en atención a las circunstancias específicas de cada caso. Ello implica que los tribunales deberán contar con amplias facultades para valorarlo y garantizarlo de acuerdo con el singular contexto de cada conflicto.

En segundo lugar, recuerda que es doctrina jurisprudencial (SSTS 141/2000, de 29 de mayo; 176/2008, de 22 de diciembre; 77/2018, de 5 de julio, y 113/2021, de 31 de mayo) que el interés superior del menor engloba diversos elementos que no tienen que ver únicamente con las circunstancias personales de los progenitores y las necesidades emocionales de los hijos, sino también con otros aspectos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser cuidadosamente evaluados para evitar que la estabilidad del menor pueda verse resentida.

El interés superior del menor. Orden público.—El Tribunal Supremo afirma que la protección del interés superior del menor es una cuestión de orden público (SSTS 258/2011, de 15 de abril; 569/2016, de 28 de septiembre, y 251/2018, de 25 de abril) y que valorarlo constituye el principio fundamental que debe guiar todas las decisiones concernientes a los menores (SSTC 64/2019, de 9 de mayo, y 113/2021, de 31 de mayo).

El interés superior del menor y la guarda y custodia compartida.—Aunque la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino una opción normal y beneficiosa que garantiza el derecho de los hijos a mantener una relación estable con ambos progenitores (entre otras, SSTS 386/2014, de 2 de julio; 311/2020, de 16 de junio, y 175/2021, de 29 de marzo), recuerda el Tribunal Supremo que, como todas las medidas referentes a los menores, se encuentra supeditada a la satisfacción de su primordial interés. Así, se considerará abstractamente beneficiosa en la medida en que: 1) se promueve la relación equilibrada con ambos progenitores; 2) se evita el sentimiento de pérdida; 3) no se cuestiona la idoneidad de los padres; y 4) fomenta la cooperación entre los progenitores.

Entre las pautas que se han de tomar en consideración para acordarla, el Tribunal Supremo ha establecido, entre otras, las siguientes: la relación previa de los progenitores con el menor, las habilidades personales de estos, los deseos manifestados por los menores competentes y los resultados de los informes exigidos legalmente. (**STS de 10 de mayo de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—María Esther y Cornelio se separaron de mutuo acuerdo en 2015. La sentencia que homologó el convenio regulador recogía que la guarda y custodia de la hija común de los litigantes sería atribuida a la madre, contando el padre con un amplio régimen de visitas.

Paralelamente, Cornelio se encontraba inmerso en un procedimiento penal iniciado por la denuncia formulada por María Esther, del que resultó absuelto en 2017. Asimismo, fueron archivadas las diligencias previas seguidas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 10 de Madrid.

En febrero de 2017, María Esther promovió demanda de divorcio en la que se interesaba, entre otras cosas, la supresión de las visitas paternales intersemanales y el aumento del importe de los alimentos. Por su parte, Cornelio se opuso a tales medidas y solicitó la custodia compartida de la menor.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda de María Esther y mantuvo la custodia exclusiva de la madre. No obstante, se añadió a las visitas de las que gozaba el padre la pernocta de los domingos de los fines de semana alternos que le correspondieran. Esta resolución fue recurrida en apelación por María Esther e impugnada por Cornelio. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y desestimó la impugnación, revocando parcialmente la sentencia y acordando el mantenimiento de las medidas pactadas en la sentencia de separación matrimonial de 2015.

Contra esta resolución, Cornelio interpuso recurso de casación por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*M. S. G.*)

23. Atribución del uso de la vivienda familiar en caso de divorcio.— A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en caso de que la sentencia de divorcio acuerde la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio y los descendientes hasta la independencia económica de estos últimos, prevalece este criterio cuando es adoptado con el consenso de los cónyuges y no se produce un cambio en las circunstancias que justifique su modificación. (**STS de 20 de abril de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—En virtud de una sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Collado Villalba, el 30 de diciembre de 2010 se disolvió por divorcio el matrimonio constituido entre Fidel y Adoración, acordándose la atribución a la excónyuge y sus hijos hasta su independencia económica del uso de la vivienda familiar, ajuar y mobiliario doméstico. El excónyuge interpuso una demanda de modificación de estas medidas, solicitando la atribución del uso de la vivienda familiar solo a los hijos. El juzgado desestimó la demanda, mientras que la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, acordando la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y el ajuar doméstico hasta que el hijo menor alcanzara la mayoría de edad. Finalmente, se interpuso recurso de casación, en atención a la infracción de los artículos 91 y 96 CC y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad.

NOTA.—El Tribunal Supremo, de conformidad con su doctrina jurisprudencial, considera que habiendo acordado la sentencia de divorcio, con base al consenso de los cónyuges, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la madre y a los hijos menores de edad, hasta la independencia económica, prevalece lo acordado por consenso.

La única salvedad a lo expuesto es que las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges aconsejen la modificación, de conformidad con el artículo 90.3 CC, una circunstancia que no se produce en este supuesto. Finalmente, recuerda que para promover una modificación de medidas es necesario probar la existencia de un cambio de circunstancias. (C. A. C.)

24. Custodia compartida: improcedencia de la prohibición prevista en el artículo 92.7 CC, por haberse cancelado los antecedentes penales.—El sistema de custodia compartida a favor de un progenitor condenado por violencia de género no infringe el artículo 92.7 CC si en el momento de su establecimiento ha transcurrido el plazo de cancelación de antecedentes penales.

Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: posibilidad de que el juez determine lo procedente de acuerdo con el artículo 96 CC, y limitación temporal.—En los casos de custodia compartida se aplicará el criterio legal previsto en el artículo 96.1 CC para los supuestos en que alguno de los hijos quede en compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro. El juez resolverá lo procedente ponderando las circunstancias concurrentes, especialmente: primero, el interés más necesitado de protección, que es el de compaginar los periodos de estancia de los menores con los progenitores; y segundo, a quién pertenece la vivienda familiar. Siempre cabrá la limitación temporal de tal uso, similar a la establecida en el artículo 96.2 CC para los matrimonios sin hijos (STS 513/2017, de 22 de septiembre).

Cuantía de la pensión alimenticia en supuestos de custodia compartida: juicio de proporcionalidad (art. 146 CC).—Cabe fijar una pensión alimenticia pese a la adopción de un sistema de custodia compartida, dada la disparidad de los ingresos económicos de los progenitores. A efecto de determinar su cuantía resulta relevante el menor número de días que los menores, por razón de la custodia compartida, estarán en compañía del progenitor solicitante de la pensión.

Pensión compensatoria: presupuestos y limitación temporal.—La simple desigualdad económica no determina automáticamente un derecho de compensación, siendo preciso ponderar las circunstancias previstas en el artículo 97 CC, párr. 2.º, que operan como criterios determinantes de la existencia del desequilibrio y módulos de cuantificación (STS 100/2020, de 12 de febrero, con cita de otras), entre los que se encuentra la dedicación al cuidado de los hijos y sus consecuencias en la promoción laboral motivadas por la reducción de jornada. (STS de 28 de marzo de 2022; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Ante un juzgado de violencia de género se siguió un proceso de divorcio por la esposa en el que solicitó la atribución de la guarda y custodia de los menores, el uso de la vivienda familiar de carácter ganancial, y el establecimiento de pensiones alimenticia y compensatoria, pretensiones a las que se opuso el otro cónyuge.

El juzgado estimó la demanda, pronunciando que sería revocado en apelación de forma parcial, acordándose la guarda y custodia compartida, con alternancia semanal, así como la contribución de cada cónyuge a los gastos ordinarios de los menores mientras los

tengan consigo, y al resto de gastos al 50%, sin perjuicio de una pensión mensual de 200 euros mientras los menores se encuentren con la esposa, a la que se atribuyó el uso de la vivienda durante un año.

La esposa formuló recurso casación articulado en cinco motivos. En el último, alegó vulneración el artículo 92.7 CC, por encontrarse incurso el padre en un proceso penal por atentar contra su integridad moral, lo que evidenciaba la falta de respeto entre los cónyuges que impediría la custodia compartida. Motivo que sería desestimado por transcurrir el plazo de cancelación de tales antecedentes delictivos, y haber solicitado la esposa la guarda exclusiva proponiendo un amplio sistema de visitas de su esposo, que demostraba que lo consideraba apto para una convivencia amplia con los hijos. En el motivo primero solicitó que se fijase un tiempo de cinco años para el uso de la vivienda por ella y los hijos, por resultar el interés más necesitado de protección o, al menos el de dos años que había solicitado el padre en la contestación a la demanda, plazo este que fue finalmente establecido para contribuir a la adaptación al nuevo escenario económico en el que buscar otra residencia para los menores. En el motivo segundo alegó que la cuantía de alimentos de 200 euros mensuales para cada hijo, no resultaba proporcional a la capacidad económica de los alimentantes, pues el padre percibía más de 4.000 euros al mes, y la madre 746 euros, por lo que solicitaba una pensión de 270 euros mensuales, lo cual fue rechazado. En los motivos tercero y cuarto, esgrimió que existía un desequilibrio económico tras la ruptura del matrimonio, atendiendo a su duración de 14 años, la falta de cualificación profesional de la esposa, quien redujo su jornada para dedicarse a los hijos cuando eran pequeños, y reprochó la falta de realización de un juicio prospectivo con prudencia y ponderación y con criterios de certidumbre, sobre su idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio en un tiempo concreto. Se reconoció una pensión compensatoria de 150 euros mensuales durante cinco años. (*F. S. N.*)

25. Pensión compensatoria (art. 97 CC): su limitación temporal se encuentra supeditada al cumplimiento de su función de restablecimiento del equilibrio económico transcurrido un concreto periodo de tiempo.–

La fijación de una pensión compensatoria con límite temporal exige que no se resienta su función de restablecimiento del equilibrio económico alterado por la crisis matrimonial, que le resulta consustancial de acuerdo con el artículo 97 CC. Por ello, tal limitación temporal precisa constatar la concurrencia de una situación que permita al cónyuge beneficiario superar el desequilibrio económico transcurrido un concreto periodo de tiempo. A tales efectos, el órgano judicial debe realizar un juicio prospectivo a fin de predecir las posibilidades de que, en un concreto plazo, desaparezca el desequilibrio existente, por la idoneidad o aptitud del beneficiario para superarlo en un tiempo determinado, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar la pensión más allá de ese límite temporal. Dicho juicio deberá llevarse a cabo de forma circunstancial y prudente, con altos índices de probabilidad, que se alejen del denominado futurismo o adivinación. El posible carácter indefinido de la pensión compensatoria no impide su modificación o extin-

ción si se cumplen las condiciones de los arts. 100 y 101 CC (STS 807/2021, de 23 de noviembre, con cita otras).

En el dato de la edad no se puede apoyar de forma convincente la idoneidad de la beneficiaria para encontrar un empleo que le permita superar el desequilibrio económico, porque lo relevante no es que dicha edad le posibilite desempeñar un trabajo remunerado, sino que, precisamente por su avanzada edad, pueda encontrarlo, máxime cuando no constan datos sobre la formación, cualificación y experiencia profesional capaces de compensar el efecto desfavorable de su edad. (**STS de 3 de marzo de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—La recurrente en casación argumentó que la Audiencia había limitado temporalmente la pensión compensatoria (200 euros mensuales) a cuatro años, sin fundamentar fehacientemente que superaría el desequilibrio económico después de tal periodo. El matrimonio, sometido al régimen de gananciales, duró 41 años. La recurrente se había dedicado básicamente a la educación y crianza de los dos hijos comunes (quienes tienen actualmente 38 y 40 años), lo que compatibilizó con diversos trabajos, alternando periodos en los que estuvo sin trabajar. Tenía la edad de 61 años en el momento de dictarse la sentencia de apelación, sin constar la posesión de estudios, y se encontraba percibiendo la denominada Renta Activa de Inserción por importe de 431 euros mensuales, mientras que su esposo percibía unos ingresos de 1227 euros. Se estimó el recurso de casación. (*F. S. N.*)

26. El carácter privativo de la donación efectuada por un padre a favor de su hijo, que posteriormente, utiliza para la compra de la vivienda ganancial.—Sobre esta cuestión es clara la doctrina del Tribunal Supremo que se desprende del juego de los artículos 1346.2 CC, que considera bienes privativos de cada cónyuge «los que adquiera después por título gratuito» y 1353 CC: «Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario». Sostiene el Alto Tribunal que son, entre otros, requisitos indispensables para que la donación tenga carácter ganancial que, la disposición a título gratuito se haga sin designación de partes, que la liberalidad sea aceptada por ambos cónyuges y que la atribución se efectúe «a los cónyuges conjuntamente», y no, por lo tanto, en beneficio exclusivo de uno de ellos, pues de ser así, el bien sería privativo de éste por aplicación del régimen normativo ordinario del artículo 1346.2 CC. En definitiva, que una cantidad se ingrese en una cuenta de la que son titulares ambos cónyuges, no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados siendo de gran importancia considerar el origen del dinero que nutre la cuenta para calificar el carácter dominical de los fondos (SSTS 1090/1995, de 19 de diciembre; 83/2013, de 15 de febrero; 534/2018, de 28 de septiembre, y 454/2021, de 28 de junio, entre otras). Además, «la inversión de la cantidad donada por los padres en la adquisición de un bien ganancial no la transforma, per se, en ganancial, sino que genera una deuda de la sociedad si se ha invertido a favor de ésta...» (STS 483/2007, de 9 de mayo).

Un crédito actualizado contra la sociedad de gananciales en concepto de capital privativo debe ser incluido en el pasivo del inventario de los bienes de la sociedad disuelta y en fase de liquidación.—Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que sostiene que, aunque son gananciales los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges cuando consta la voluntad de ambos de atribuir carácter ganancial al bien adquirido, si se prueba que para la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso (SSTS 295/2019, de 27 mayo; 415/2019, de 11 de julio; 138/2020, de 2 de marzo; 216/2020, de 1 de junio; 591/2020, de 11 de noviembre; 454/2021, de 28 de junio; 795/2021, de 22 de noviembre; 57/2022, de 31 de enero, y 128/2022, de 21 de febrero). (STS de 25 de abril de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En la sentencia de primera instancia el juez estableció el inventario de la sociedad de gananciales, que se constituyó por el matrimonio de Plácido y Palmira, y que quedó disuelto por divorcio. El pasivo incluía el crédito actualizado por importe de 30.543,43 de euros de Plácido, contra la sociedad legal de gananciales constituida, en su día, con Palmira, en concepto de capital privativo invertido en la adquisición de la vivienda ganancial y plaza de garaje (21.035,42 euros), sitas en la AVENIDA000 de Alicante.

Esta sentencia es recurrida por Palmira, estimando la segunda instancia el recurso, y disponiendo excluir del inventario la partida controvertida.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de segunda instancia, estimando el recurso interpuesto por Plácido. (M. Z. Z.)

27. Liquidación de la sociedad de gananciales y separación de hecho.—Mediante esta sentencia, el Tribunal Supremo aclara su jurisprudencia sobre la inclusión o no de los bienes adquiridos por los cónyuges con posterioridad a su separación de hecho. Nuestro Alto Tribunal parte de la base de que, en casos de divorcio judicial, la disolución se produce en el momento en que la sentencia que lo decreta adquiere firmeza, pero matiza que, de forma excepcional, el principio de buena fe impide a los cónyuges reclamar que se integren en el activo de la sociedad de gananciales los bienes que el otro haya adquirido durante la separación de hecho sería, prolongada y mutuamente consentida. (STS de 5 de abril de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—A y B, cuyo matrimonio se regía por el régimen de sociedad de gananciales, se separaron de hecho de mutuo acuerdo. Transcurridos los años, A presentó demanda de divorcio contra B, a cuya conclusión el Juzgado de Primera Instancia decretó el divorcio pero rechazó pronunciarse sobre la fecha de extinción del régimen de gananciales, remitiéndose al procedimiento de liquidación correspondiente. Pendiente el recurso de apelación contra esta pronunciamiento, B solicitó la formación de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales, pretendiendo que se incluyeran

en él los ingresos de A posteriores al divorcio pero anteriores a la firmeza de la sentencia. A, por su parte, alegó que debían excluirse de dicho inventario todos los ingresos posteriores a la separación.

El Juzgado de Primera Instancia competente para conocer de dicha solicitud declaró la retroacción de efectos de la disolución del régimen de gananciales al momento de la separación de hecho de los cónyuges, excluyendo los bienes adquiridos con posterioridad. Contra esta sentencia B presentó recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Finalmente, interpuestos sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, el Tribunal Supremo vuelve a desestimar las pretensiones de B, razonando que, si bien la disolución de la sociedad de gananciales se produce por la firmeza de la sentencia que decreta el divorcio, la existencia de una separación de hecho sería y prolongada impide incluir en el activo los bienes adquiridos con posterioridad.

NOTA.—Si bien el artículo 1393.3.º CC no contempla la disolución de la sociedad de gananciales por la mera separación de hecho de los cónyuges, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo tendente a flexibilizar este precepto, sirviéndose del límite de la buena fe, entendiéndose que la separación libremente consentida y prolongada en el tiempo excluye el fundamento de la sociedad conyugal (*vid.*, SSTs de 17 de junio de 1988 y 165/2008, de 21 de febrero). La presente sentencia insiste en esta tesis, reiterando y aclarando la doctrina establecida por las SSTs 297/2019, de 28 de mayo; 501/2019, de 27 de septiembre, y 136/2020, de 2 de marzo; en el mismo sentido, de forma más reciente, la STS 464/2022, de 6 de junio. Ha de advertirse, no obstante, que la aplicación de esta regla no puede ser automática sino en atención al fundamento de la norma y a las circunstancias del caso concreto, como pone de relieve la STS 226/2015, de 6 de mayo, debiendo constatar una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal. (C. C. S.)

28. Liquidación de sociedad de gananciales. Actualización de cantidades abonadas por uno de los cónyuges que fueran de cargo de la sociedad y, en general, los créditos de los cónyuges contra ésta (art. 1398.3.º CC): aplicación del Índice General de Precios al Consumo al tratarse de deudas de valor.—Las cantidades pagadas por uno solo de los cónyuges para satisfacer gastos gananciales o las que constituyen créditos de los cónyuges contra la sociedad, a las que se refiere el artículo 1398.3.º CC, no constituyen deudas de dinero que deban devolverse en la misma cantidad de moneda, sino deudas de valor, por lo que la prestación debida se manifiesta en un equivalente de poder adquisitivo al tiempo de liquidar la sociedad conyugal.

El empleo por uno de los cónyuges de caudal propio para la amortización de préstamos que sean de cargo de la sociedad de gananciales genera un crédito contra esta actualizable con arreglo a los índices de depreciación monetaria, de acuerdo con el artículo 1398.3.º CC en relación con el artículo 1364 CC, según el cual *el cónyuge que hubiera aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean a cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común* (STS 645/2006, de 19 de junio).

La actualización conforme al IPC de las cantidades ingresadas por un cónyuge en una cuenta conjunta es coherente con la exigencia legal prevista en el artículo 1398.3.ª CC, de que el reembolso del valor satisfecho a costa del caudal propio se haga mediante el reintegro de su importe actualizado (STS 371/2021, de 31 de mayo). El IPC es una medida estadística de la evolución de los precios de los bienes y servicios que consume la población residente en viviendas familiares en España y, en consecuencia, es el procedimiento idóneo para determinar el equivalente actual del poder adquisitivo de las cantidades que, habiendo sido satisfechas por uno de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad de gananciales. No ocurre lo mismo con el interés legal del dinero (art. 1108 CC), en tanto éste se utiliza como un sistema de liquidación de daños y perjuicios en el caso de mora. **(STS de 24 de marzo de 2022; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En un procedimiento de liquidación de gananciales se discutía la concreta fórmula de actualización del importe de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad de gananciales y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad de gananciales en aplicación del artículo 1398.3.ª CC. Tanto en primera instancia como en apelación se rechazó la pretensión de actualizar dichas cantidades de acuerdo con el IPC, al calificarse como deudas dinerarias y actualizarse conforme al interés legal del dinero (art. 1108 CC). El Tribunal Supremo estimó el recurso.

NOTA.—Los reembolsos tratados en la sentencia son diferentes a los créditos que puedan surgir entre los cónyuges sin intervención de la sociedad de gananciales, porque estos no se actualizarán, sino devengarán intereses al no caer en el ámbito del artículo 1398.3.º CC, que contempla la actualización de deudas de la sociedad de gananciales frente a los cónyuges, no de las existentes entre estos. Puede verse la STS 319/2023, de 28 de febrero, que condenó al pago de los intereses devengados desde la fecha del inicio de un procedimiento de liquidación de gananciales en el que se permitió la reclamación de unos créditos personales entre los cónyuges. (F. S. N.)

29. Determinación de la filiación de niños nacidos mediante gestación por sustitución.—En sentencia de pleno 835/2013, de 6 de febrero, y en el posterior auto de 2 de febrero de 2015, que desestimó la solicitud de nulidad de dicha sentencia, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sostuvo que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era contraria (manifiestamente contraria, podemos precisar) al orden público español. Esta contrariedad manifiesta deriva no solamente de que el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) establezca la nulidad de pleno derecho de estos contratos y que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto; sino que esta contrariedad deriva también de que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte.

En este sentido, el Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, afirma sobre esta cuestión: «La exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos».

Los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios al orden público español. No se trata solamente de que el artículo 8 del CEDH no garantice el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia. Es que, como concluye el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse acosta de los derechos de otras personas.

Protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución.—Si se pretende la determinación de la filiación de un menor conforme a la ley española, concretamente conforme al artículo 131 CC (determinación legal de filiación manifestada por la constante posesión de estado), conforme al artículo 9.4 CC, la normativa aplicable para resolver esta pretensión es la del Estado donde el hijo tenga la residencia habitual, no la del Estado en que haya nacido.

En este sentido, la legislación española declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante. El artículo 26.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, exige para la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales, que «la adopción no vulnere el orden público». Y tras la modificación introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, establece que «[a] estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o *se obtuvieron mediante pago o compensación*» (énfasis en cursiva añadido).

Estas previsiones de las leyes y convenios internacionales contrastan radicalmente con lo que sucede en la práctica. El Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada de 2017 pone de relieve la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica no existan obstáculos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución comercial en la que se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, si ha tenido lugar en el extranjero. La consecuencia es que el niño nacido en el extranjero fruto de una gestación por sustitución, pese a las normas legales y convencionales, entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado.

En sentencia de 835/2013, afirmó el Tribunal Supremo que si tal núcleo familiar existe actualmente, si el menor tienen relaciones familiares *de facto* con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial en su favor, la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este tribunal ha reconocido la existencia de una vida familiar *de facto* incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante.

En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el artículo 10.3 LTRHA. Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción. El Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos «la adopción por parte de la madre comitente». La cuestión de una posible diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto, tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años.

La posibilidad abierta a la adopción satisface el interés superior del menor, valorado *in concreto*, como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general, que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución. En efecto, si estas agencias pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, ello terminaría por fomentar esta práctica. **(STS de 31 de marzo de 2022; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Luis interpone demanda en la que ejercita la acción de determinación legal de filiación materna de su hija Aurelia. En la demanda solicita se declare que Aurelia, hija del demandante, es la madre del menor Pedro, nacido en 2015, en México, mediante gestación subrogada. Tras su nacimiento, Pedro viaja a España con su madre, la hija del demandante, y desde entonces reside bajo su tutela en el domicilio familiar, en donde convive también el demandante durante los dos años anteriores a la demanda. Luis alega que Aurelia venía ejerciendo de modo real y efectivo como madre de Pedro desde su nacimiento y tenía la consideración de madre legal para la legislación mexicana, país cuya nacionalidad ostenta Pedro, al no habersele concedido la española.

Aurelia contesta a la demanda y reconoce los hechos. El Ministerio Fiscal solicita se dicte sentencia de conformidad. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, e indica que Aurelia podrá instar la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor Pedro.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación que ambas partes interponen y al que se opuso el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación, al considerar que se ha infringido el artículo 131 *in fine* CC, con relación al artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Afirma que la sentencia recurrida determina una filiación materna respecto de una persona que no es madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio y en contravención directa del citado artículo 10. Carmen, por sustitución procesal de Luis (fallecido), solicita la desestimación del recurso. Aurelia impugna el recurso.

El recurso de casación es estimado, por considerar el Tribunal Supremo que, en nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de una relación como la descrita puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad y, respecto de la madre, mediante la determinación de la filiación por adopción.

NOTA.—Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. (T. R. C.)

30. Reconocimiento de sentencia dictada por tribunal extranjero. El requisito del emplazamiento personal del demandado ex artículo 46 1. b) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.—La expresión normativa de que sea entregada la «cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse», ya figuraba recogida en el artículo 27.2 del *Convenio de Bruselas sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968*, así como en el *Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988*. La STJUE de 13 de julio de 1995 consideró que *con tal emplazamiento se designa el acto o los actos cuya notificación al demandado, efectuada de forma regular y con tiempo suficiente, coloca a éste en condiciones de invocar sus derechos antes de que se dicte en el Estado de origen una sentencia ejecutoria*. Aunque se tratan de Convenios no aplicables al presente caso, que versa sobre el reconocimiento de una sentencia dictada por un tribunal colombiano, constituyen antecedentes normativos del artículo 46 de la Ley 29/2015 y sirven para justificar la razón de su exigencia.

Rebeldía involuntaria: no se aportaron los documentos acreditativos de la puesta en conocimiento del demandado de la existencia del proceso en que se dictó la sentencia cuyo reconocimiento se postula.—En el presente caso, la inadmisión de la demanda estaba bien acordada, al no haberse aportado, pese al requerimiento efectuado, los documentos acreditativos de la puesta en conocimiento del demandado de la existencia del proceso en que se dictó la sentencia cuyo reconocimiento se postula. No es suficiente que se acredite que para el emplazamiento del demandado se libró despacho al cón-

sul de Colombia en Toledo, si no constan las concretas gestiones efectuadas para su localización o la concreta forma en que se intentó su emplazamiento, sin que sea suficiente la publicidad por edictos en periódicos de Colombia, cuando el demandado carece de punto de conexión conocido con tal país, al ser nacional español, y darse como lugar de residencia España.

Inexistencia de vulneración del derecho a la educación. No existe obstáculo legal alguno para que la madre proceda a la matriculación de su hijo.—Deviene inexplicable la alegación de la vulneración de tal derecho fundamental [derecho a la educación]; pues la escolarización del hijo de los litigantes no exige la privación de la patria potestad de su progenitor, correspondiendo a la madre su ejercicio como, con diáfana claridad, resulta del artículo 156 del CC, que se la atribuye en los supuestos de ausencia o imposibilidad del otro progenitor, o en el caso de que vivan separados, pues entonces se ejercerá por aquél con quien el hijo viva que, en este caso, es la madre. Por tanto, no existe obstáculo legal para que la madre proceda a la matriculación de su hijo, sirva de interlocutora con el Centro escolar, y sea reputada como representante legal del menor (art.154.2.º CC). (STS de 14 de marzo de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La cuestión se circunscribe a la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal de justicia colombiano sobre la atribución de la patria potestad exclusiva de un menor a la madre y su privación al padre. El niño había nacido en España y los progenitores contaban con la nacionalidad española.

En el procedimiento seguido ante las autoridades judiciales colombianas, para el emplazamiento personal del demandado se libró despacho al Cónsul de Colombia en Toledo (España), sin que consten las concretas gestiones realizadas para su localización, que resultaron infructuosas, lo que motivó que fuera emplazado por edictos en periódicos de Colombia y que se dictase sentencia en rebeldía.

Se dio la circunstancia que el menor había cambiado de nombre, ante un notario en Colombia, por lo que el que figuraba en la sentencia no coincidía con el inscrito en el Registro Civil español.

El Juzgado inadmitió a trámite la solicitud de ejecución de sentencia por falta de presentación de la resolución favorable del Registro Civil español sobre el cambio de nombre del menor. Presentado el recurso de apelación, la Audiencia requirió a la apelante a efectos de comprobar la observancia del requisito del artículo 46.1.a) de la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional*, relativo a si se había emplazado personalmente al demandado. La apelante indicó todas las gestiones efectuadas al respecto a través del Consulado de Colombia en Toledo hasta en tres domicilios distintos, así como el emplazamiento por edictos en periódicos colombianos de tirada nacional. Dejando constancia de la imposibilidad del practicar el emplazamiento personal. Así las cosas, la Audiencia inadmitió la solicitud de ejecución al no haberse dictado la sentencia, cuya homologación se instaba, con citación personal del demandado, lo que constituía un requisito del orden público de ineludible observancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

DERECHO DE SUCESIONES

31. Herencia. La partición: objeto y adición de herencia.—La partición tiene por objeto dividir los bienes que integran el caudal, sin perjuicio, conforme al artículo 1079 CC, de que la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia, dé lugar a que se complete o adicione la partición con los objetos y valores omitidos, por lo que no existe obstáculo a adicionarlos en el procedimiento de división del caudal, amén de no producir efectos de cosa juzgada la sentencia que ponga fin a este procedimiento, conforme al artículo 787 LEC.

Partición de herencia: el cónyuge viudo no puede pedirla como legitimario.—El cónyuge viudo por su sola condición de legitimario con derecho al usufructo de parte de la herencia no está legitimado para pedir la partición e imponer a los partícipes en la comunidad hereditaria una división que no deseen.

Atribución de legados al cónyuge viudo, además de la cuota usufructuaria.—En tal caso, el viudo tiene derecho a lo dejado en legado y, además, a la cuota. La jurisprudencia que se ha ocupado en supuestos de atribución de legados al cónyuge viudo acerca de si debían imputarse a cuenta de su cuota legal usufructuaria o bien si debían acumularse, ha ahondado en todos los casos en la intención del testador (SSTS de 21 de febrero de 1900, 3 de junio de 1947, y 540/2008, de 12 de junio). Así, el artículo 815 CC permite al legitimario a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima pedir su complemento. Si la voluntad del testador fuera dejar al legitimario tan solo lo legado, si con ello se cubre la legítima, el legitimario nada más podría reclamar.

Interpretación del testamento: el artículo 675 CC.—La interpretación testamentaria debe atender a la búsqueda de la efectiva voluntad del testador (SSTS 13/2003, de 21 de enero; 327/2010, de 22 de junio; 516/2012, de 20 de julio, y 118/2021, de 3 de marzo, entre otras muchas).

Prueba extrínseca en la interpretación testamentaria.—Cuando a la vista del sentido gramatical de las cláusulas testamentarias surjan dudas sobre la verdadera voluntad declarada por el causante en su testamento, para ponerla de manifiesto y descubrirla, además del análisis de la literalidad del texto del testamento, puede acudir a la prueba extrínseca, es decir a otros medios ajenos al propio testamento, en particular a los actos del testador previos o posteriores al otorgamiento (SSTS 13/2003, de 21 de enero, y 547/2009, de 28 de julio, entre otras).

Interpretación testamentaria en casación.—La interpretación judicial realizada en la instancia solo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que llega sean absurdas, ilógicas o contrarias a la voluntad del testador (779/2009, de 10 de diciembre; 115/2010, de 18 de marzo; 327/2010, de 22 de junio; y 322/2011, de 5 de mayo, entre otras muchas).

Base de cálculo de la legítima del artículo 818 CC y computación de donaciones hechas por el causante.—Para calcular la legítima, a efectos del artículo 818 CC, deben computarse todas las donaciones hechas por el causante, ya en favor de legitimarios ya de extraños. La expresión *donaciones colacionables*, se utiliza en el artículo 818 CC de manera impropia, pues la colación propiamente dicha, que es dispensable y no tiene por finalidad proteger la legítima, es la que se regula en los arts. 1035 y ss. CC, y es una operación particional dirigida a obtener en lo posible una igualdad entre los legi-

timarios que además sucedan a título de heredero. En la medida en que el sistema de colación regulado en el CC es un sistema de adición contable de las cosas donadas, tomando de menos el donatario del caudal relicto el valor de lo ya recibido por vía donación, es lógico que el artículo 1045 CC establezca que ha de traerse a colación el valor de las cosas donadas al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (si bien, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 1045 CC, *el aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario*).

Cuando la legítima se satisface por un legado (de cosa cierta, incluido dinero hereditario), una donación o una asignación particional hecha por el testador, tiene lugar una individualización de riesgos con independencia de la masa común.—Los beneficios o los riesgos de la cosa legada, donada o adjudicada por el causante son a beneficio o cargo exclusivamente del legatario, del donatario y del adjudicatario, por lo que el cálculo deberá hacerse partiendo del valor que los bienes relictos al tiempo del fallecimiento (y las donaciones si las hubiere, valoradas también en el momento de la muerte del causante). Esto por lo que se refiere al cálculo de la legítima dado que, de no haber quedado satisfecha por las atribuciones realizadas por el causante, si hubiera de ser completada con el pago de bienes relictos, estos necesariamente deberían valorarse en el momento de la liquidación.

Cuando el derecho de los legitimarios viene referido a una cuota (a título de institución de heredero, legado de parte alicuota), la valoración en el momento de la muerte permitirá determinar si existe lesión de algún legitimario.—Será a la hora de partir y materializar la cuota de los legitimarios que sean partícipes de la comunidad hereditaria, y como regla propia de la partición, cuando habrá de estarse a la valoración de los bienes en ese momento, pues los aumentos o disminuciones patrimoniales posteriores a la muerte del causante de los bienes que se han de partir sí son riesgos de la comunidad y de sus partícipes.

La colación propiamente dicha del artículo 1045 CC, se refiere a la aplicación entre legitimarios que reciban su legítima a título de herencia.—Aquí, la colación servirá para calcular lo que habrá de tomar de menos el que hubiera recibido una donación colacionable.

Doctrina de los actos propios: fundamento.—Tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (STS 547/2012 de 5 de febrero de 2013). El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos 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 (SSTS de 9 de diciembre de 2010 y 7 de diciembre de 2010). Como afirmó la STS de 25 de febrero de 2013, dicha doctrina significa que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real. (STS de 3 de marzo de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El litigio se plantea en un proceso de división judicial de la herencia en el que intervienen, de una parte, como deman-

dante, la viuda del causante y, de otra, los tres hijos del causante habidos de un primer matrimonio.

Se discutía fundamentalmente: a) la interpretación de la voluntad del testador en relación con la imputación de los legados y el pago de la legítima viudal, y b) el momento en el que deben valorarse los bienes para el cálculo de la legítima pagada a la viuda con la adjudicación de unos legados de cosa cierta y determinada.

El testamento contenía las siguientes cláusulas: 1.^a Lega a esposa con cargo al usufructo viudal recayente sobre el tercio de mejora y si lo superare, con cargo al tercio de libre disposición, el usufructo vitalicio de unos inmuebles determinados propiedad del testador, excluyendo el usufructo del resto de sus bienes. 2.^a Lega también a su esposa, en pleno dominio con cargo al tercio de libre disposición, todos los plazos fijos, cuentas, acciones y valores que tuviera el testador en el momento de su fallecimiento en el Banco de Valencia. 3.^a En el remanente de todos sus bienes derechos y acciones, instituye herederos universales, por partes iguales, a sus tres citados hijos.

Expresamente hace constar el testador que sus hijos han recibido en vida de él a cuenta de su legítima diversas liberalidades, algunas encubiertas de manera onerosa, siendo su voluntad que se proceda a la debida computación, imputación y colación de dichas atribuciones.

Los tres hermanos otorgaron escritura de entrega de legados a favor de la viuda.

Los contadores partidores designados presentaron las operaciones de formación de inventario y partición de la herencia y todas las partes presentaron escritos de impugnación de distintas partidas.

El juzgado dictó sentencia por la que estimó parcialmente las oposiciones al inventario elaborado por los contadores partidores. Ambas partes recurrieron en apelación y la audiencia desestimó el recurso de la viuda y estimó en parte el de los tres hermanos. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación interpuesto por la viuda. (*I. D.-L.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Roman 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 numera.

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>
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CDC	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
InDret	<i>www.indret.com</i>
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. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXXVI, 2023

FASCÍCULO I enero-marzo

	<i>Pág.</i>
Estudios Monográficos	
Gorka GALICIA AIZPURUA, «El derecho de regreso del fiador <i>solvens</i> : régimen sustantivo y clasificación concursal»	7
Lidia ARNAU RAVENTÓS / Mariló GRAMUNT FOMBUENA, «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán»	75
Marta PÉREZ ESCOLAR, «Razonabilidad y contratos de servicios. Una aproximación a su utilidad como criterio de valoración del comportamiento contractual»	127
Brian BUCHHALTER-MONTERO LÓPEZ, «Declaración y voluntad en el Derecho civil alemán. Una aproximación histórico-dogmática»	165
Vida Jurídica	
Christian VON BAR, «Derecho contractual y dignidad humana. Segunda conferencia en memoria de Ole Lando»	207
Pilar BENAVENTE MOREDA, «Jornada sobre perspectivas actuales de la Solidaridad Familiar. 20 de diciembre de 2022. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid»	225
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ	
DEL REY BARBA, Sebastián/ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel (dir): «Tratado de Derecho inmobiliario registral», por Víctor Bastante Granell	243

	<u>Pág.</u>
FARIÑA FARIÑA, Rebeca: «La restitución del enriquecimiento sin causa: un reto para el derecho español (Análisis desde una perspectiva comparada con el derecho alemán)», por Josep Maria Bech Serrat	249
RUBIO GARRIDO, Tomás: «Fundamentos del Derecho de Sucesiones», por Manuel Espejo Lerdo de Tejada.....	251
STAGL, Jakob Fortunat: «La vida de los hombres mismos vista de un lado particular. Ensayos de derecho civil chileno y comparado», por Jaime Alcalde Silva	261
 REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ y Davinia CADENAS OSUNA	271
 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	
 SENTENCIAS COMENTADAS	
PANIZA FULLANA, Antonia: «Error en el consentimiento en la adquisición de acciones: la información precontractual, el inversor cualificado y los efectos de la venta posterior. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2022)»	311
 SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTÍZ, Cristina ARGELICH COMELLES, Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Ricardo PAZOS CASTRO, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO.	347

FASCÍCULO II

abril-junio

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 AZNAR 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

LIBROS

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 ASENCIO, Andrea Salud: «Retraso, mora y *Nachfrist* 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 *undue influence* del Derecho inglés», por Pedro del Olmo García..... 662
- VERDERA SERVER, Rafael: «Contra la legítima», por Manuel Espejo Lerdo de Tejada 668

REVISTAS EXTRANJERAS

- 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

SENTENCIAS COMENTADAS

- 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

SENTENCIAS

- 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 FABÁ, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO 793

FASCÍCULO III

julio-septiembre

Estudios monográficos

- Rafael VERDERA SERVER: «*Pro proprietate*. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada» 859

	<u>Pág.</u>
Antonio José VELA SÁNCHEZ: «El contrato de vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación»	989
Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA: «La reforma del Derecho de contratos: el cambio de circunstancias en los Derechos francés, belga y español»	1041
Antonio LEGERÉN MOLINA: «La equiparación de la “dificultad extraordinaria” de cumplimiento a la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Análisis crítico»	1085
 Cuestiones actuales	
Juan DAMIÁN MORENO: «Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores»	1151
 Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ	
ARECHEDERRA, Luis: «La crisis del matrimonio y de la familia (un cambio cultural)», por Roncesvalles Barber Cárcamo	1179
BLANDINO GARRIDO, M. ^ª Amalia: «El precontrato y la opción», por Camino Sanción Asurmendi	1182
CORPAS PASTOR, Luis: «Responsabilidad civil en el ejercicio de la odontología», por Andrea Zurera Sansegundo	1186
 REVISTAS ESPAÑOLAS	
A cargo de Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pedro PÉREZ VELÁZQUEZ y Davinia CADENAS OSUNA	1189
 Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	
SENTENCIAS COMENTADAS	
Cecilia ROSENDE VILLAR: «Ley aplicable a un contrato internacional de inversión en plantaciones de árboles celebrado con un consumidor. (Comentario de la sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022, as. C-595/20 ShareWood)»	1227
 Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Alicia AGÜERO ORTÍZ, Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Margarita SANCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO, María ZABALLO ZURITA.....	1245

FASCÍCULO IV octubre-diciembre

Estudios monográficos

M. ^a José SANTOS MORÓN: «La tutela de los derechos de la personalidad ante atentados producidos en redes sociales y servicios equivalentes»	1297
Roncesvalles BARBER CÁRCAMO: «La situación actual del derecho de filiación en España»	1375
Esther TORRELLES TORREA: «De la Sagrada familia de Murillo a la <i>Gay Family on dinner</i> de Raphael Pérez: nuevos modelos de familia en el ámbito jurídico»	1421
Rocío LÓPEZ SAN LUIS: «La comisión de apertura en el contrato de préstamo o crédito hipotecario y su control de abusividad»	1489

Estudio Jurisprudencial

Alicia AGÜERO ORTIZ: «Evolución jurisprudencial en materia de usura de las tarjetas de crédito <i>revolving</i> »	1531
---	------

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Por Julia AMMERMAN YEBRA	1609
--------------------------------	------

Bibliografía

LIBROS

A cargo de Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ	
ARAKISTAIN ARRIOLA, Maitena: «La posición sucesoria del superstite en el derecho inglés, en el sistema del código civil y en el derecho civil vasco», por Cristina de Amunátegui Rodríguez	1657
LOOSCHELDERS, Dirk (traducción de Esther Gómez Calle): «Derecho de obligaciones. Parte general», por Bruno Rodríguez-Rosado	1662
PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: «El dolo testamentario», por José Antonio Doral García	1663

REVISTAS EXTRANJERAS

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	1667
---	------

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS COMENTADAS

Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO: «El control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. STC 141/2022, de 14 de noviembre»	1703
--	------

	<u>Pág.</u>
SENTENCIAS (Año 2022)	
Por Rosa M. MÉNDEZ TOMÁS	1767
 Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
 SENTENCIAS COMENTADAS	
Xabier BASOZABAL ARRUE: «Seguro, invalidez permanente por enfermedad común y momento del siniestro»	1797
José Miguel EMBID IRUJO: «Sobre el modo de organizar la posición de varios inversores desde el derecho de sociedades». Comentario a la STS (Sala de lo civil, Pleno) 994/2022, de 22 de diciembre	1817
Nieves ROJANO MARTÍN: «Inclusión en ficheros de morosos: cuatro sentencias de Pleno de 20 y 21 de diciembre de 2022 con las que el Tribunal Supremo ha sentado doctrina»	1843
 SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTÍZ, Cristina ARGELICH COMELLES, Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO, María ZABALLOS ZURILLA	1883

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)
Catedrático de Derecho civil

Dirección

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO
Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción

Coordinador

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA
Profesor titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS
Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Barcelona
M.^a PAZ GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil.
Universidad Santiago de Compostela

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
Profesora titular de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Pablo Olavide

PEDRO DEL OLMO GARCÍA
Profesor titular de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid
BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Málaga

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

ANTONI VAQUER ALOY
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Lleida

Consejo Asesor

XABIER BASOZABAL ARRUE
Profesor titular de Derecho civil.
Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Académico senior de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

ANA CAÑIZARES LASO
Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Málaga

ESTHER GÓMEZ CALLE
Catedrática de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GÓMEZ POMAR
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Pompeu Fabra

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA
Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Murcia

JOSÉ M.^a MIQUEL GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

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

M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN
Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad

M.^a JOSÉ SANTOS MORÓN
Catedrática de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO SOLÍS VILLA
Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA
Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Valladolid

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