

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVII, FASCÍCULO II

Abril-junio, 2024



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 la Presidencia, Justicia y Relaciones
con las Cortes (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 la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes

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 LXXVII, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2024



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES



MADRID, 2024

<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): 144-24-0916 (edición en papel)
144-24-0921 (edición en línea, pdf)

NIPO (M. de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes):

143-24-0054 (edición en papel)

143-24-0049 (edición en línea, pdf)

ISSN: 0210-301X (edición en papel)

2659-8965 (edición en línea, pdf)

Depósito Legal: M-125-1958

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

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
<i>In memoriam</i>	
Ricardo de Ángel Yagüez (1942-2024)	457
Estudios monográficos	
Javier TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA: «¿ <i>Culpa lata dolo aequiparatur</i> en las cláusulas limitativas de responsabilidad».....	461
Rosa BARCELÓ COMPTE: «Contratación por personas con discapacidad y ventaja injusta: ¿un remedio a generalizar?».....	537
Mauricio TRONCOSO: «Fundamentación jurídica y evolución diacrónica de la responsabilidad de los que actúan en nombre de una sociedad de capital antes de su constitución»	589
Alberto HIDALGO CEREZO: «Obsolescencia programada y obsolescencia provocada. La falta de conformidad sobrevenida por las actualizaciones de contenidos digitales y el derecho al regreso a la versión anterior (o derecho al “downgrade”)».....	617
Estudios legislativos	
Pilar BENAVENTE MOREDA: «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, a debate: ¿qué aporta? ¿Qué cambia? ¿Qué regula y qué protege? Sus luces, sus sombras».....	667
Felipe OYARZÚN VARGAS: «Acerca del proyecto de reforma de la responsabilidad civil recientemente aprobado en Bélgica»	771
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea	
Por Julia AMMERMAN YEBRA	821
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ	
BARBA, Vincenzo: «Principio de no discriminación y contrato», por Beatriz Gregoraci Fernández	865
MARÍN SALMERÓN, Andrés: «El defecto de diseño en los productos digitales», por Borja del Campo Álvarez.....	879
RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: «La estructura de la restitución contractual», por Bruno Rodríguez-Rosado	881
SANCHO MARTÍNEZ, Laura: «La reserva de dominio en el sistema español de garantías reales», por Martín García-Ripoll	885
REVISTAS EXTRANJERAS	
A cargo de: Ricardo PAZOS CASTRO; Colaboran: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Carlos CASTELLS SOMOZA, María de Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Enrique GANDÍA PÉREZ, Sebastián LÓPEZ DE LA MAZA, Andrea MACÍA MORILLO	893

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA COMENTADA

Isabel ARANA DE LA FUENTE / Emilio V. BLANCO MARTÍNEZ: «Responsabilidad civil por daños causados por la talidomida: cómputo del plazo de prescripción. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2023»	929
--	-----

SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜE- RO ORTÍZ, Cristina ARGELICH COMELLES, Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Nicolás MONTES SERRANO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Paula ROBERT CABRERA, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Francisco SANTANA NAVARRO, María ZABALLOS ZURILLA.....	973
--	-----

IN MEMORIAM

Ricardo de Ángel Yágüez (1942-2024)

En la mañana del 15 de abril falleció Ricardo de Ángel Yágüez. La trágica noticia se extendió rápidamente entre familiares, amigos, discípulos y compañeros. La desolación fue inundando el alma de todos los que habían aprendido y seguían haciéndolo de quien ha sido uno de los grandes civilistas de nuestro tiempo. Quienes disfrutaban de su compañía, generosidad y sabiduría empezaron a sentir en ese mismo instante el triste y enorme vacío que las palabras no saben ni pueden expresar.

Nacido en 1942 en Sestao, una localidad industrial cercana a Bilbao, Ricardo de Ángel fue un niño dotado de una inteligencia excepcional. Toda su educación infantil y juvenil estuvo jalonada de matrículas de honor. Con dieciocho años obtuvo el Premio Extraordinario de Bachillerato del Distrito Universitario de Valladolid (1960) y decidió cursar la Licenciatura en Derecho en la Universidad de Deusto (1960-65) con la Especialidad Jurídico-Económica, siendo primero de la promoción en ambos estudios. En 1964 obtiene la prestigiosa beca «National Social Welfare Assembly» y, siguiendo a quien sería su maestro, Antonio Gullón Ballesteros, fue a Granada a realizar el doctorado en la Universidad de esta localidad (1967) para lo que contó con el apoyo de la «Fundación Oriol-Urquijo» y posteriormente con la de la «Fundación Juan March» (1968). De aquellos tiempos en Granada siempre recordó momentos entrañables y amistades que conservó toda su vida. Su brillante carrera académica empezaba a dar sus primeros pasos.

Comenzó como Profesor ayudante de Derecho civil de Deusto en 1965 y alcanzó la Cátedra de Derecho Civil de esta Universidad en 1972. Ser profesor para él fue su gran vocación. La pasión era la de enseñar el Derecho y la de compartirlo con otros, expresarlo con la realidad viva, mostrando el «problema» en toda su complejidad. Impartió con profusión su magisterio jurídico como profesorado visitante a numerosas Universidades españolas durante varias décadas, y en Universidades extranjeras, especialmente de Latinoamérica (Argentina, Colombia, Perú, Venezuela, Chile) donde ha dejado en duelo a tantos notables discípulos, excelentes juristas compañeros y sobre todo a amigos del alma, que resulta imposible mencionar en estas breves líneas, tan solo digamos que fue nombrado Doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires (2008) y que este era uno de sus reconocimientos más queridos. La *laudatio* corrió a cargo del Profesor Alberto J. Bueres y su *lectio brevis* llevó el título de «El mundo del jurista: hechos, conceptos y soluciones».

Asumió cargos académicos como el de Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (1970-1975) y el de Decano durante nueve años, entre 1975-1984, circunstancia reseñable por haber sido un tiempo especialmente difícil en la gestión académica con un delicado contexto político y social.

Su carrera académica fue distinguida con la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort en 1982. Ricardo de Ángel fue un gran profe-

sor, no sólo por cómo transmitía el Derecho, sino por la relación que fue tejiendo con los estudiantes. Dotado de una memoria «sobrenatural», recordaba promociones completas con nombres y apellidos, y mantuvo una estrecha relación con muchos antiguos alumnos, conocía sus vicisitudes y derroteros profesionales, y todo ello en sentido inverso porque era muy frecuente que antiguos alumnos acudieran a su encuentro personal o telefónico con la emoción del recuerdo grato de haber aprendido con él y de él, buscando consejo, apoyo o la grata conversación con el maestro para la que siempre tenía tiempo. Generosidad sin mirar el reloj han fraguado lazos de admiración y afecto que tan solo en parte (muchos quedan y quedarán en los corazones de todos ellos) se han visto reflejados en dos peculiares libros con formato epistolar en los que los antiguos alumnos de diferentes promociones son los protagonistas. Primero fue *Haciendo memoria: (algunas cartas a antiguos alumnos de la Universidad de Deusto)* y después, *Otras cosas de ayer y de hoy: (más cartas a antiguos alumnos de la Universidad de Deusto)* publicados en 2018 y 2020 (Aranzadi-Academia vasca de Derecho), respectivamente. La semana anterior a su fallecimiento iniciaba la redacción del tercero. Ambas originales obras hilan retazos biográficos «back and forward» junto con lecturas inagotables de libros clásicos y actuales con muchos de quienes han formado parte de su vida personal y profesional. Son un testimonio de gran valor para conocer a la persona y al jurista, y sobre todo al amigo siendo fuente de alegría y cercanía personal para Ricardo de Ángel en los últimos tiempos de su vida, en que por razones de salud se encontraba limitado en su movilidad.

La verdad es que el lector no sabe qué admirar más en estos textos, si su cuidada espontaneidad o su prodigioso ritmo, si la remembranza de aquellos profesores cuyos nombres son ya míticos o el peso y la fuerza de las ideas y de las convicciones que Ricardo de Ángel muestra y demuestra en esas cartas, que en el primero de los libros vienen acompañadas de un álbum fotográfico con imágenes de acontecimientos de gran importancia en su trayectoria académica, que él mismo seleccionó.

Su producción científica es ingente, tanto en obras individuales como en participación en obras colectivas, destacando su colaboración constante en el *Anuario de Derecho civil* y la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, entre otras; así como dictámenes y dirección de tesis doctorales. Además de los manuales de Introducción al Derecho, que han servido al estudio de no pocas generaciones de juristas, destacan las obras dedicadas a *La responsabilidad civil* (Deusto, 1988, 1989); el *Tratado de responsabilidad civil* (Civitas-Deusto, 1993); y a *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, de la que se han publicado siete ediciones (Civitas, la última en 2017).

Ha sido una figura muy presente en congresos nacionales e internacionales, siempre con ilusión para emprender viajes allá donde se le requería e invitaba, tejiendo amistad y Derecho como parte de mismo fenómeno humano.

Su vocación docente la acompañó siempre con la de la abogacía. Docencia y ejercicio profesional fueron de la mano hasta casi el final de sus días. Se

colegió en el Colegio de Abogados de Vizcaya ya en 1969, y también lo estuvo en el Colegio de Madrid. Su precisión en la delimitación de los hechos, su rigor en la formulación de las pruebas y en la defensa ante el tribunal hicieron de su actuación forense una referencia en los juzgados. Asumió arbitrajes y pleitos difíciles, civiles y mercantiles, y lo hizo en ámbitos que desafiaban los tiempos modernos (inmisiones, actos médicos, edificación...).

Fruto de todo ello fue la excelencia que instituciones corporativas y profesionales le fueron reconociendo a lo largo de su vida, como Miembro fundador del Comité Español de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas de la UNESCO (1994); Vocal del Tribunal Español de Arbitraje de Seguros (1997); Socio de honor de la Sociedad Española de Valoración del Daño Corporal (1998); Miembro de honor de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro (2005); Miembro de honor de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro (2005); Miembro de la Comisión Científica de la Asociación Española de Derecho Sanitario (2007); Miembro del Comité Científico Asesor en Radiofrecuencias y Salud (2008); Socio de Honor de la Academia Vasca de Derecho (2018).

Nada de lo humano le era ajeno y la visión jurídica de cada aspecto de la vida le atraía hacia otras ciencias distintas al Derecho. Le apasionaba la Medicina especialmente, entabló grandes amistades en ese entorno; disfrutaba mucho aprendiendo términos, diagnósticos, patologías y estableciendo paralelismos entre el estudio del Derecho y la Medicina en las Universidades, como lo hace en sus Memorias, de modo que para él no era baladí que la Patología y el Derecho procesal se encontraran en los últimos años de formación de quienes se dedicaran a una y otra disciplina, respectivamente.

Prueba de su «mirada» más allá del Derecho, cabe citar dos obras publicadas por Ricardo de Ángel en los últimos años. De un lado, el ensayo titulado *Es bello el Derecho? Respuesta ilustrada con una antología* (Civitas, 2016) que, publicado en forma de pregunta, le llevó a indagar en fuentes literarias, clásicas y filosóficas acerca de la elegancia que percibía en el Derecho.

Lo bello se admira y él tuvo esa íntima sensación de admiración desde siempre. Una convicción que tiene su apoyatura en la metodología utilizada, que sirve al autor para hacer un repaso sistemático de todos esos juristas que han poblado durante el siglo XX el mundo de la Teoría del Derecho y sirven de guía y faro para quienes, superando la mera dogmática jurídica, intentan, a través del Derecho, llegar al ideal de la Justicia, sin dejar de lado lo que es inherente a la naturaleza humana, que es esa búsqueda de la belleza que también radica en lo jurídico, como demuestra *in extenso*.

La obra, en definitiva, es un disfrute para el autor y para el lector, disfrute que continuó con la publicación poco después de *Conceptos y conflictos jurídicos en la prosa de Quevedo* (Civitas, 2018), fruto de su gusto por los clásicos del Siglo de Oro.

Su avidez lectora y un gusto «quirúrgico» por la lengua, por el castellano, hicieron que la «palabra» fuera la gran protagonista de su vida. El cuestionamiento de cada término, la búsqueda de la precisión al hablar y al escribir (algo que se reflejaba en la pulcritud obsesiva en la cita de fuentes), la manera

en la que se acercaba a los neologismos y a la etimología resultaban dignos de admiración por todos los que le conocieron. El Diccionario fue siempre su compañero de viaje y sin duda su libro favorito e imprescindible. Y Ricardo de Ángel lo hacía con todas las lenguas que tenía a su alcance y en las que mostraba notables conocimientos, empezando por el castellano y siguiendo por el euskera, el inglés, el francés o el italiano.

Hombre de permanente curiosidad intelectual por todo lo que nos hace humanos, la historia, la política y sus protagonistas, estuvo muy presente en la vida social, con un prodigioso bagaje cultural, atento a la realidad, cotidiana y extraordinaria. Defensor de la vida, publicó dictámenes y estudios, con el Derecho con mayúsculas como faro desde el que lo iluminaba todo. Publicó cuarenta y nueve artículos periodísticos, principalmente en el diario «El Correo». Vivió una vida intensa dedicada al Derecho.

Ricardo de Ángel fue una persona dotada de una genialidad jurídica indubitada, una bonhomía singular y una generosidad poco común que siempre recordaremos.

Gema TOMÁS MARTÍNEZ
Decana y Profesora de Derecho civil
de la Universidad de Deusto

Andrés URRUTIA BADIOLA
Presidente/Academia Vasca de
Derecho-Zuzenbidearen euskal akademia

¿*Culpa lata dolo aequiparatur* en las cláusulas limitativas de responsabilidad?

JAVIER TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA

Letrado del Consejo de Estado

Doctor en Derecho

(Acreditado a profesor titulado de universidad)

RESUMEN

El presente estudio examina si la culpa grave equivale al dolo a efectos de la posible no aplicación de las cláusulas de limitación de responsabilidad contractual, muy frecuentes en los contratos de compraventa de activos o sociedades. Con una metodología cercana a la jurisprudencia de intereses, se sostiene que la solución no tiene por qué ser la misma en el caso de exclusión completa de responsabilidad contractual por culpa grave (que es el supuesto más estudiado por la doctrina que acepta la equiparación) que en el caso de mera limitación de dicha responsabilidad. Se estudian los antecedentes históricos de la cuestión, así como el resultado del análisis económico del Derecho en este punto, incluyendo la posibilidad de aseguramiento (seguros de manifestaciones y garantías y seguro de responsabilidad contractual incluyendo cobertura de culpa lata). Se analiza el significado que tiene la equiparación que –a ciertos efectos específicos– se establece en distintos artículos del Código Civil o en la legislación del transporte terrestre, así como en Derecho comparado. Se sostiene la tesis de que con carácter general es lícito limitar convencionalmente la responsabilidad contractual por culpa grave entre empresarios.

PALABRAS CLAVE

Culpa grave, dolo, equiparación, responsabilidad contractual, cláusulas limitativas de la responsabilidad, seguros de manifestaciones y garantías, seguro de responsabilidad con cobertura de culpa grave.

Culpa lata dolo aequiparatur in liability limitation clauses?

SUMMARY

The following study examines whether gross negligence is equivalent to intent (dolus) for the purposes of the non-application of contractual liability limitation clauses, which are very common in agreements for the sale and purchase of assets or companies. Using a methodology close to «jurisprudence of interests», it is argued that total exclusion of contractual liability for gross negligence (which is the instance that has been analysed the most by doctrine) does not necessarily have to receive the same legal answer as the mere limitation of such liability. The historical background of the issues is analysed, as well as the outcome of the economic analysis of the law on this point, including the possibility of insurance (representations and warranties insurance and contractual liability insurance including liability for gross negligence). The significance of the equivalence established for certain specific purposes in various articles of the Civil Code or in land transport legislation (as well as in compared Law) is also examined. The thesis that it is generally lawful to limit contractual liability for gross negligence by agreement between traders.

KEY WORDS

Gross negligence, dolus, aequiparatio, contractual liability, liability limitation clauses, warranty and indemnity insurance, gross negligence liability insurance.

SUMARIO: I. Introducción: jurisprudencia de conceptos o de intereses.—II. Relevancia económica de la cuestión y análisis económico del derecho: el punto de vista del seguro.—III. Dolo y culpa grave.—IV. La (no) equiparación antes de la codificación. V. La codificación. VI. Otros supuestos específicos en el Código Civil Español y en leyes especiales: su significado.—VII. La jurisprudencia y sus equívocos.—VIII. La no equiparación entre culpa grave y dolo a los efectos de la aplicación de las cláusulas de limitación de responsabilidad.—IX. En especial, la limitación de responsabilidad por culpa grave de dependientes o de auxiliares (independientes) en el cumplimiento.—X. La cuestión en los nuevos proyectos de derecho civil.—XI. Conclusión.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS O DE INTERESES

El objeto de este artículo es determinar si, al igual que sucede en el caso de dolo, puede afirmarse que la concurrencia de culpa grave del deudor hace inaplicables o nulas las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual en toda clase de contratos entre empresas. El artículo 1102 del Código Civil claramente establece que la renuncia (debemos entender también incluida la limitación) de la acción para exigir el cumplimiento de la responsabilidad procedente del dolo es nula. Lo que aquí se dilucida es si la limitación (que no la renuncia completa) de la responsabilidad exigible por culpa grave (no por dolo) es igualmente nula o inaplicable, a pesar de que el artículo 1103 del mismo Código Civil no habla expresamente de la renuncia a, ni de la limitación de esta responsabilidad.

Se excluye por tanto del ámbito de este trabajo la equiparación de la renuncia completa a la responsabilidad por culpa grave a la renuncia a la responsabilidad por dolo: pese a ser el supuesto que cita gran parte de la doctrina favorable a la equiparación entre culpa grave y dolo, tal supuesto no concurre prácticamente nunca en el tráfico¹. En cambio, si las cláusulas meramente limitativas de la responsabilidad contractual se aplican o no en caso de culpa grave es un problema del mayor interés tanto doctrinal como jurisprudencialmente, por la frecuencia con la que puede plantearse y por la importancia de su repercusión económica.

Al ceñirse a los contratos entre empresas, este trabajo no se refiere a los contratos con consumidores, ni a las cláusulas abusivas (las cláusulas limitativas de responsabilidad del comerciante frente a consumidores serán en principio abusivas)². Tampoco se abordarán los problemas específicos que pueden asociarse al uso de condiciones generales para introducir estas cláusulas, incluso en contratos entre empresas.

Se excluye asimismo el estudio del artículo 1107 C.c., es decir, la determinación de si –salvo en caso de mala fe– solo son indemnizables los daños que se hubieran podido prever al tiempo de

¹ Se dio, no obstante, en el caso estudiado por la Sentencia del Tribunal Supremo, anterior al Código Civil, de 2 de julio de 1875, como luego se verá, relativa a un supuesto en el que se pactó que el vendedor «no respondía de cualquier desgracia».

² Artículo 86.1 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, con arreglo al cual son abusivas y por tanto nulas las cláusulas que «limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad».

Ni esta responsabilidad se basa en la culpa, sino en el artículo 117 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ni es tampoco susceptible de limitación convencional.

constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, o también los restantes. Esta cuestión, relativa a los daños que son o no son indemnizables, depende de la interpretación que se dé a la expresión «buena fe»³ y es independiente de la validez y aplicación –o no– de las cláusulas que limitan la responsabilidad que nazca de uno u otro tipo de daños (los previsibles y los que no lo son).

Tampoco se extiende este artículo a la supuesta equivalencia entre dolo y culpa grave a efectos de la facultad moderadora del Juez en el artículo 1103 C.c.⁴

Con independencia de lo anterior, las conclusiones que aquí se alcancen sobre el alcance del aforismo *culpa lata dolo aequiparatur* en la cuestión examinada podrían tener consecuencias en la solución de los problemas más arriba mencionados.

El problema de si son lícitas o no las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual en caso de culpa grave no se resuelve adecuadamente aplicando una jurisprudencia de conceptos. Con palabras de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, «el Derecho no es una formalización abstracta y general», sino «una concreta experiencia de conflictos de intereses» protegidos en mayor o menor medida por el ordenamiento⁵.

La tesis que aquí se defiende es que la genérica equiparación de efectos entre la culpa grave y el dolo, expresada en la máxima *culpa lata dolo aequiparatur*, si bien tiene la ventaja de su sencillez y puede ser útil para explicar determinadas soluciones ofrecidas por el Código Civil a supuestos específicos, no puede erigirse en una solución válida para el supuesto considerado en este trabajo. Rara vez problemas jurídicos complejos se solucionan con meros aforismos⁶. En cambio, en este trabajo se sostiene que la cuestión debe examinarse a la luz de los intereses jurídicamente

³ No es inusual que en la doctrina se atribuya un significado especial al concepto de «buena fe» empleado en este artículo, que en ocasiones se afirma que equivale a la ausencia de dolo y no es susceptible de graduación: así, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 69 y concordantes, y más específicamente en las pp. 730 y 731. De este criterio no parece discrepar DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, arts. 1.102 y 1.103.

GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Bosch, tomo II, p. 146, sostiene que «desde la perspectiva del Código, la culpa lata sigue siendo buena fe en el sentido del artículo 1107».

⁴ Vid., por ejemplo, en GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Bosch, tomo II, p. 146, la opinión de que no cabe la moderación de la responsabilidad del artículo 1103 C.c. en caso de *culpa lata*. La gravedad de la culpa parece incompatible con la moderación de la indemnización por el Juez.

⁵ Díez-Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª ed., Ariel, 1993, pp. 8 y 10.

⁶ Como decía Paulo (D.50, 17, 1), *non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat* (traducción de PARRA MARTÍN, D.: «el derecho no deriva de la regla, sino que ésta se abstrae del Derecho existente»).

protegidos de las partes, alcanzándose la solución contraria al aforismo en la inmensa mayoría de los supuestos, salvo excepciones que se mencionarán.

II. RELEVANCIA ECONÓMICA DE LA CUESTIÓN Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: EL PUNTO DE VISTA DEL SEGURO

Las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual están presentes en la inmensa mayoría de los contratos celebrados entre empresas, bien sea mediante limitaciones cuantitativas bien mediante limitaciones cualitativas⁷ o de plazo y procedimiento⁸.

Ello se explica porque la limitación de la responsabilidad permite predecir y distribuir riesgos, y en su caso asegurar las posibles consecuencias asociadas al incumplimiento de un contrato entre empresas⁹.

Un gran número de transacciones no tendrían lugar si la potencial responsabilidad del vendedor o del prestador de servicios por culpa grave fuera siempre ilimitada. El problema no se presenta en el caso del dolo, pues como veremos más adelante el vendedor o el prestador de servicios pueden controlar el riesgo de la aparición de dolo en su cumplimiento, sencillamente no cometiéndolo. Pero otro tanto no cabe hacer con la culpa grave: una empresa normalmente no es capaz de predecir con un mínimo de certeza si las actuaciones u omisiones a ella imputables (normalmente, acciones u omisiones de sus empleados) podrán o no ser consideradas como culpa grave por un tribunal o un árbitro. La extrema dificultad práctica a la hora de distinguir entre culpa ordinaria y culpa grave (pese a la existencia de varias tentativas de distinción conceptual, que más adelante analizaremos) hace difícil realizar esta predicción. La negligencia que a un juez puede parecer ordinaria, a otro sin duda le parecerá grave, especialmente si es imputable a un profesional o una empresa¹⁰. En la

⁷ Aquellas que excluyen ciertos tipos de daños y perjuicios, como el lucro cesante o los llamados (por influencia anglosajona) daños indirectos o consecuenciales (ambas expresiones son sinónimas en Derecho inglés). La exclusión de los daños punitivos no tiene sentido en Derecho español, pues no existen.

⁸ Esta posibilidad está expresamente contemplada, y en general aceptada, por DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, p. 756.

⁹ Así, expresamente, MARÍN GARCÍA, I., *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 158.

¹⁰ Como acertadamente manifiesta Morales, «la pericia del vendedor derivada de su condición profesional, puede constituir también un dato muy significativo para medir el grado de diligencia exigible y, por tanto, su posible responsabilidad» (vid. en MORALES

práctica, es a veces más fácil distinguir entre dolo y culpa grave que entre culpa grave y culpa ordinaria.

Por otra parte, si la consecuencia anudada a la declaración del carácter grave de la culpa fuera la no aplicación de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por incumplimiento contractual, se produciría una enorme litigiosidad, pues con tal aliciente económico raro sería el acreedor insatisfecho que no tuviera motivos para intentar que la conducta de su deudor fuera calificada de «culpa grave». Tras cada transacción, en caso de incumplimiento culpable se produciría siempre un litigio. Y los costes económicos de las transacciones no podrían determinarse en años.

Por todo lo anterior, el efecto económico de la regla de la equiparación completa entre culpa grave y dolo sería análogo a incrementar de forma exponencial los costes de transacción: muchas transacciones no tendrían lugar, pues el vendedor o prestador de servicios preferirá en muchos casos renunciar al lucro procedente del negocio a afrontar una responsabilidad potencialmente ilimitada y prolongada en el tiempo, o bien el precio se incrementará para reflejar este riesgo añadido¹¹. Por ejemplo, algunos estudios realizados en materia de análisis económico del Derecho ponen de manifiesto que la limitación contractual de responsabilidad contribuye en muchas ocasiones a rebajar el precio de los servicios sin que se produzca en realidad un detrimento apreciable de su calidad¹².

Un caso específico sería el del seguro de manifestaciones y garantías, en virtud del cual una compañía aseguradora cubre el riesgo de responsabilidad del vendedor frente al comprador, derivada de la incorrección de cualquiera de las manifestaciones y garantías formuladas por el vendedor en el contrato. Este aseguramiento es habitual, actuando como tomadores, en fondos de inversión, que

MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa». *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, vol. 35, núm. 3, 1982, p. 640)

Pero adviértase que lo mismo puede decirse del comprador profesional, en su carga de detectar problemas incluso no evidentes. Será el contrato el que determine los límites precisos de la responsabilidad del vendedor en estos casos.

¹¹ Sobre la eficiencia económica de las cláusulas de limitación de responsabilidad («liquidación de daños»), véase POSNER R., *El análisis económico del Derecho*, 2002, p. 179, 200 y 214 ss. Posner considera que el incumplimiento voluntario puede ser económicamente eficiente en algunos casos, y no contempla que las cláusulas de limitación de responsabilidad queden sin efecto por la existencia de culpa grave.

¹² Véase en el ámbito de la eficiencia económica el trabajo relativo a la limitación de la responsabilidad de los auditores en LOUIS, HENOCK, PEARSON, THOMAS, ROBINSON, DAHLIA, ROBINSON, MICHAEL Y SUN, AMY X., «The Effects of the Extant Clauses Limiting Auditor Liability on Audit Fees and Overall Reporting Quality (August 10, 2018)». *Journal of Empirical Legal Studies*. Véase <https://ssrn.com/abstract=2553562> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2553562>.

deben liquidar la inversión realizada y repartir el precio obtenido entre sus partícipes sin poder esperar al resultado de eventuales acciones judiciales o arbitrales de responsabilidad derivadas de la venta. Aunque el tomador siempre debe actuar sin culpa grave ante el asegurador en la declaración del riesgo (art. 10, in fine, Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro), en el caso del seguro de manifestaciones y garantías el riesgo de incumplimiento contractual en el contrato subyacente por culpa grave del tomador (vendedor) frente a su contraparte (comprador) está habitualmente cubierto: se parte de la hipótesis de que el tomador no tendrá que abonar ninguna cantidad a su contraparte en el contrato subyacente tras pagar la prima al asegurador. En caso contrario, el seguro de manifestaciones y garantías perdería todo sentido, puesto que el tomador se vería obligado a abonar la diferencia entre el capital asegurado y el daño o perjuicio realmente causado a la contraparte. Si la responsabilidad es ilimitada, y el seguro no la cubre, el propósito práctico del seguro de manifestaciones y garantías se frustra. Y si la cubriera, el cálculo actuarial del riesgo sería prácticamente imposible y el precio de un eventual seguro –incluso si éste fuera posible– sería en cualquier caso demasiado elevado.

III. DOLO Y CULPA GRAVE

El concepto de dolo¹³ como título de imputación de responsabilidad contractual (al que se asocian consecuencias tales como la imposibilidad de excluir o limitar la responsabilidad, o la regla del art. 1.107 C.c.) parece engañosamente simple, pero exige sin embargo muchos matices.

Ante todo, se exige un incumplimiento consciente (conciencia de la antijuridicidad) y voluntario (el incumplimiento involuntario nunca es doloso)¹⁴.

¹³ Los autores clásicos en la doctrina española son Atard (ATARD Y GONZÁLEZ, R., *El dolo en el derecho civil*, Ed. El Adelantado de Segovia, 1925) y Cossío (COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955). Con anterioridad, entre otros muchos, POTHIER, *Traité des obligations*, 1764, pp. 42 ss.: «on appelle dol toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper un autre» (cualquier forma de artificio del cual alguien se sirve para engañar a otro).

ATARD subraya que en Derecho Romano el dolo era «engaño malicioso» (*op. cit.*, p. 25). Véase allí una completa evolución histórica del concepto. Atard considera que es dolo (i) la realización de actos que voluntariamente causen la imposibilidad de cumplir, (ii) tergiversaciones para eludir el cumplimiento de las obligaciones, y (iii) negativa sin aducir razón alguna a cumplir las obligaciones asumidas, cuya obligatoriedad se reconoce (*ibidem*, p. 101). No menciona siquiera el dolo eventual.

¹⁴ Véase, además de la Sentencia del Tribunal Supremo 799/2022, de 22 de noviembre, RJ 2022\5646 (FJ 3.º2), la Sentencia de la misma Sala 639/2006, de 9 de junio, que la

Pero esa circunstancia no basta. Además, para la jurisprudencia tradicional, e incluso para la muy reciente, se exige «intención maliciosa de causar un daño contrario a Derecho, un daño antijurídico»¹⁵. No es suficiente¹⁶, por tanto, con que exista un consciente y voluntario incumplimiento para apreciar la concurrencia de dolo, aunque esta circunstancia también se precisa. La jurisprudencia exige para el dolo directo, además de lo anterior, la intención de causar un daño, aunque se acepta también como supuesto de dolo el dolo eventual¹⁷, reconocido en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) que sostienen que deben «entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria¹⁸ de la acción» (Sentencias de 9 de marzo de 1962¹⁹, 27 de abril

anterior cita, que exige para la concurrencia del dolo civil un acto «consciente y voluntario», «intencional y malicioso». La Sentencia 799/2022 versa sobre el artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro, que habla de mala fe, pero la propia sentencia aclara que «la jurisprudencia de esta sala ha equiparado esta mención a la mala fe al dolo, en la acepción más amplia que incluye también el dolo civil, expresado como la intención maliciosa de causar un daño contrario a derecho, un daño antijurídico». Por tanto, la definición se refiere no ya al concepto de mala fe en el artículo 19 LCS, sino al dolo civil en general.

¹⁵ Con estas palabras lo define la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 799/2022, de 22 de noviembre, RJ 2022\5646 (FJ 3.º2). Véase la nota anterior.

¹⁶ Contra, MARTÍNEZ SANZ *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera CMR*, Comares, 2002, p. 532, al que sigue ARIAS VARONA, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», *Revista del Derecho de Transporte*, núm. 6 (2010), 288. En realidad, la discrepancia es más aparente que real, por lo que se dirá a continuación.

Pero es un hecho que la jurisprudencia exige cierta aceptación por el deudor de la probabilidad de que se produzca un resultado dañoso: si se ignora este hecho, y el deudor está convencido razonablemente de que su incumplimiento será inocuo, la conducta no es dolosa. Al menos ha de exigirse una conciencia del incremento del riesgo de producción de daños.

¹⁷ El dolo eventual es expresamente aceptado por Cossío (COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 89): «si el agente deseaba el efecto que le pareció solo posible, y si el efecto se produce, el agente lo produjo con dolo; la situación es idéntica si el agente tuvo una conducta indiferente ante la posibilidad de que se produjera el efecto ilícito, de manera que lo quiso en la eventualidad de que se produjese («dolus eventualis»); o viceversa, no existe dolo si el agente previó el efecto ilícito como posible, pero no lo deseaba ni lo quiso, o incluso tomó medidas preventivas que quedaron infructuosas».

En su vertiente penal, DÍAZ-PITA, M., *El dolo eventual*. Tirant lo Blanch, 1994, propone la categoría del dolo como «decisión contraria al bien jurídico protegido» (p. 322), lo que incluye el dolo eventual.

¹⁸ A mi juicio, para que concorra dolo eventual no es indispensable que el deudor sea consciente de que el daño sea consecuencia necesaria de la acción: basta con que sea consciente de que el riesgo de producirse el daño se incrementa a consecuencia de su actuación consciente y voluntariamente antijurídica, y que no tome las medidas oportunas para evitar la producción del daño.

¹⁹ En esta Sentencia, comentada por Ignacio Marín (MARÍN GARCÍA, I., *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*, Boletín Oficial del Estado, 2017, nota 16), el arrendatario de una nave usó el tejado de ésta como depósito de chatarra, produciendo su hundimiento. No deseaba el resultado, pero sí la acción antijurídica que lo causó.

y 19 de mayo de 1973). Más adelante estudiaremos los términos del artículo 62 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, la «infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción»²⁰.

Por eso, Díez-Picazo²¹, siguiendo en realidad a Cossío²², afina el concepto aclarando que el dolo se refiere a aquellos supuestos «en que el deudor es consciente que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo». Además del carácter consciente y voluntario del incumplimiento, se exige la conciencia de que este comportamiento antijurídico puede causar (o incrementar la probabilidad de que se produzca²³) un daño.

Existe cierta controversia en relación con las conductas omisivas (como por ejemplo la reticencia dolosa, considerada un supuesto normal de dolo por Morales²⁴)²⁵. En opinión de Díez-Picazo²⁶ la conducta omisiva solo constituye dolo si conduce a un incumplimiento definitivo, o si es especialmente reprobable atendiendo a su motivo (causar un daño al acreedor, u obtener el deudor un beneficio), o si se utilizan medios reprobables. Díez-Picazo sostiene en definitiva que «la simple omisión de lo debido, por sí sola, no es dolosa»²⁷ aunque sea consciente y voluntaria (por ejemplo, dejar

²⁰ Véase en este sentido, caracterizándolo como dolo eventual, la doctrina a partir de Cossío (cit.)

²¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. 6.ª ed., 2008, pp. 748-752. No obstante, lo formula en términos algo diferentes (a mi juicio menos precisos) en DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, 9.ª ed., 2001, vol. II, p. 200, donde afirma que «la jurisprudencia del Tribunal Supremo no exige en este dolo que contemplamos la intención de perjudicar o dañar, sino la infracción de modo voluntario del deber jurídico que pesa sobre el deudor, a sabiendas, es decir, con la conciencia de que con el hecho propio realiza un acto antijurídico».

Interpretando el artículo 62 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, opta por no requerir la conciencia y voluntad de producción del daño ARIAS VARONA, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», *Revista del Derecho de Transporte*, núm. 6 (2010), 288.

²² COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 88 y 89.

²³ De forma análoga a lo que se produce en el concepto de «wilful misconduct» en Derecho anglosajón: sobre ello vid. Martínez Sanz, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera CMR*, Comares, 2002, pp. 518 s.

²⁴ MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, vol. 35, núm. 3, 1982, p. 637, que afirma sobre la doctrina de Visintini que excluye el dolo en las conductas omisivas: «semejante restricción del dolo no puede ser, al menos en nuestro Derecho, mantenida».

²⁵ Vid. QUIÑONERO CERVANTES, «El dolo omisivo», *RDP*, 1959, p. 345.

²⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. 6.ª ed., p. 751.

²⁷ *Ibidem*.

de pagar por un tiempo una deuda pecuniaria, sin otras circunstancias concurrentes).

Con arreglo a la doctrina tradicional, el dolo nunca se presume y su concurrencia es carga probatoria del acreedor²⁸. Pero también lo es la culpa grave cuando el acreedor invoca su existencia para pretender (luego veremos si con fundamento o no) la inaplicación de una cláusula de limitación de la responsabilidad.

En cuanto a la culpa grave, como es sabido no existe definición alguna de la misma en nuestro Código Civil, lo cual nos obliga a analizar los antecedentes históricos (lo que haremos en los apartados siguientes) y la jurisprudencia.

La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida (art. 1.104 C.c.), que se define por referencia a un canon de conducta. Como afirmó Badosa, el canon de conducta con el que se determina la existencia de culpa se establece, según lo pactado en el contrato o lo establecido para el tipo contractual correspondiente, por referencia a un modelo que puede ser el del buen padre de familia, el del perito, el que aplica el deudor a sus propios asuntos (*quam in suis*)²⁹ o cualquier otro pactado.

La culpa grave, como cualquier otra forma de culpa y a diferencia del dolo (eventual o no), es compatible con la falta de conciencia del carácter antijurídico del comportamiento, con la inexistencia de voluntad de incumplimiento, y con la ignorancia de que el comportamiento realizado o la omisión incurrida pueda causar daños. Tampoco se exige que se persigan fines o se utilicen medios reprobables, como el engaño consciente. Por tanto, al menos en el plano teórico es clara la distinción entre culpa grave y dolo (eventual o no).

La culpa puede ser consciente sin convertirse en dolo, especialmente en conductas omisivas, como se ha visto más arriba, o por falta de conciencia de que el comportamiento culpable puede provocar un daño.

²⁸ Véase por todos en DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, 9.ª ed., 2001, p. 201.

También en MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa». *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, vol. 35, núm. 3, 1982, p. 600.

²⁹ Vid. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, pp. 89 ss. (modelo general no profesional), 128 ss. (modelo profesional) y 144 ss. (modelo *quam in suis*).

La culpa no es grave por sus circunstancias extrínsecas (una culpa leve puede causar daños considerables sin dejar de serlo, por ejemplo en el ámbito de la responsabilidad profesional), sino por violar un canon de diligencia diferente, más laxo que el pactado con carácter ordinario. Para determinar qué significa la gravedad de la *culpa lata* y cuál es el canon de comportamiento al que ésta está asociada debemos remontarnos a los antecedentes históricos, lo que haremos a continuación.

IV. LA (NO) EQUIPARACIÓN ANTES DE LA CODIFICACIÓN

El estudio de los antecedentes en Derecho romano y común es aquí necesario por un doble motivo: en primer lugar, porque a falta de una definición legal de «culpa grave» es forzoso acudir a los «antecedentes históricos y legislativos» para buscar en ellos una definición (art. 3.1 C.c.), y en segundo lugar, porque la doctrina favorable a la equiparación entre dolo y culpa grave afirma con frecuencia que dicha equiparación (a los efectos ahora estudiados) se estableció y se mantuvo vigente en el Derecho histórico anterior a la Codificación, lo que como veremos no es cierto.

Intentar encontrar en el Derecho Romano clásico un principio general de equiparación entre culpa grave y dolo a efectos de la nulidad o inaplicabilidad del pacto de limitación de responsabilidad contractual (en las acciones *ex fide bona*, no de derecho estricto, se entiende) resulta una pretensión fuera de contexto histórico y contrario a las fuentes, dado que en Derecho Romano clásico ni siquiera había aparecido la división tripartita de la culpa en *lata*, *levis* y *levissima*³⁰ que es propia del Derecho Justiniano. Hay un texto atribuido a Ulpiano³¹ que dice que «culpa lata est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt» («culpa lata es la negligencia excesiva, es decir, no ver lo que todos ven (Ulp. 1 reg.)»³²), otro en el que Ulpiano

³⁰ Que según D'Ors apareció en el periodo post-clásico, en «las escuelas bizantinas y posteriores» (D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, EUNSA, par.456, p. 513.

³¹ D. 50.16.213, inciso 2.

³² La palabra «nimia» es un «falso amico», pues significa en latín «demasiado». Véase la traducción de D'Ors, Hernández-Tejero y García Garrido, *El Digesto de Justiniano*, 1975, p. 865.

considera que la *culpa lata* es próxima al dolo (a efectos de la remoción del tutor)³³, y otro atribuido a Paulo que a ciertos efectos equipara *culpa lata* y dolo: «magna negligentia culpa est; magna culpa dolus est»³⁴, pero a otros efectos no los equipara y declara que «la culpa lata no es considerada como dolo»³⁵. También hay otros³⁶ supuestos específicos de equiparación entre culpa grave y dolo en distintos contextos³⁷, que según la doctrina no se consolidó como regla general (vid. Celso en D. 16.3.32)³⁸. En particular, Cossío cita a Medio³⁹, según el cual «la norma “magna culpa dolus es” fue completamente extraña al Derecho clásico, estando interpolados todos los textos justinianos en que se contiene, y que este autor analiza minuciosamente, uno tras otro»⁴⁰. En efecto, Alfredo de Medio afirma que «dove poi si dice –il che è certamente piú grave– che la culpa lata si deve equiparare al dolo, come a proposito del mandato e del deposito, il principio risulta manifestamente interpolato dai compilatori giustinianeï»⁴¹.

³³ «Si no se hubiera cometido fraude, sino negligencia lata, como ésta es próxima al fraude, debe ser removido el tutor como sospechoso». D. 26.10.7.1.

³⁴ «Gran negligencia es culpa. Gran culpa es dolo» D. 50.16.226.

³⁵ D. 48.8.7.

³⁶ Una enumeración puede encontrarse en COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 7: «videtur dolo versari, dissoluta enim diligentia proe dolum est (D. 17.1.29 pr.), «lata negligentia quia ista prope fraudem accedit» (D. 26.10.7.1), «lata culpa pane dolo comparabitur» (D. 11.6.1.1), «culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit» (D. 43.25.8.3), «magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere» (D. 44.7.1.5), «dolum accipere debemus, et culpam latam» (D. 36.4.5.15), «in hac lege culpa lata pro dolo accipitur» (D. 48.8.7), «sed culpa dolo proxima dolum repraesentat» (D. 47.4.1.2), «latiorem culpam dolum esse» (D. 16.3.2). Como se expondrá más adelante, parece que todos estos textos son fruto de interpolaciones de la época justiniana.

³⁷ Véase por ejemplo, D. 16.3.32, que, sin embargo según Biondi, está interpolado (GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano*, 1991, p. 575).

Morales cita la enumeración completa que hace Kasser en *Das römische Privatrecht*, par. 258.4 (MORALES MORENO, A. M., cit., p. 604).

³⁸ Según BERMEJO CASTRILLO, «Parece que esta opinión, expresada por Nerva, se consolidó definitivamente con Celso (D. 16, 3, 32)». BERMEJO CASTRILLO, M. A., «La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación histórica castellana y en el derecho de la codificación», en *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, 2015, p. 51, nota 117.

³⁹ MEDIO, «Studi sulla culpa lata in diritto romano», *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, 1905 (pp. 5 y ss.) y 1906 (pp. 26 y ss.)-

⁴⁰ COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 9.

⁴¹ MEDIO, Alfredo de, «Studi sulla culpa lata in diritto romano», *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, año XVII, 1905, p. 9.

«Donde luego se dice –lo que ciertamente es más grave– que la culpa grave se debe equiparar al dolo, como a propósito del mandato y del depósito, el principio resulta manifestamente interpolado por los compiladores justinianos» (traducción propia).

Precisamente no se afirmaba esta equiparación en materia de pactos de *non petendo* (lo más cercano a nuestras cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad), que no podían extenderse al dolo⁴², pero sí a la *culpa lata*⁴³.

La equiparación entre dolo y culpa grave no se formuló con alcance general hasta el Derecho Justiniano⁴⁴, y ni siquiera en Derecho Justiniano consta que se haya utilizado en relación con la cuestión ahora estudiada (cláusulas de limitación de la responsabilidad contractual).

La equiparación entre *culpa lata* y dolo en Derecho Justiniano sirvió de base para su posterior recepción en las Partidas. Pero, de nuevo, tan solo tenemos un aforismo, usado en otros contextos, y aplicable a supuestos que nada tienen que ver con el problema ahora estudiado (validez y aplicabilidad de cláusulas limitativas de la responsabilidad).

Precisamente en las Partidas (P. 7.33.11) se encuentra el texto en el que se basan algunos intérpretes para defender la regla contraria: «dolus en latín tanto quiere dezir en romance como engaño, e deste hablamos en su titulo complidamente. E lata culpa tanto quiere dezir como grande e manifiesta culpa assi como si algun ome no entendiesse todo lo que los otros ome entendiesen. E tal culpa como esta es como necesidad que es semejança de engaño. E esto seria, como si algun ome tuviesse en guarda alguna cosa de otro e la dexasse en la carrera de noche, o a la puerta de su casa, non cuydando que la tomaria otro ome. Ca si se perdiessse, seria por ende en grand culpa, que no se podria escusar». Esta equiparación se refiere en realidad a la acción derivada del depósito (que en época clásica romana se fundaba exclusivamente en el dolo,

⁴² Dice BERMEJO CASTRILLO que «recogiendo la opinión de Celso, afirmaba Ulpiano que un acuerdo de esta clase, *pactum de non petendo dolo*, resultaría contrario a la buena fe (D. 50, 17, 23) y a las buenas costumbres (D. 16, 3, 1, 7). En igual sentido se pronunciaba Paulo (D. 2, 14, 27, 3, y D. 13, 6, 17 pr., en relación con el comodato)» p. 46, nota 94.

Lo cierto es que la imposibilidad de excluir la responsabilidad por dolo consta también en D. 16.3.1.7, donde no se menciona la culpa grave: «Si se pactase que no se ha de prestar el dolo, no valdrá el pacto; porque es contra la buena fe, y contra las buenas costumbres; y por esto no se ha de observar». «Illud non probabis, dolum non esse praestandum, si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est».

⁴³ Véase por ejemplo D. 30.119, que versa sobre una exoneración testamentaria de responsabilidad a un esclavo manumitido, y resuelve que no alcanza a la responsabilidad por dolo, pero sí a la responsabilidad por culpa. De forma similar en D. 35.1.72.3: «scilicet ut culpa, non etiam dolus remissus intelligatur» («que se entienda remitida la culpa, pero no el dolo»).

Según BERMEJO CASTRILLO, a diferencia del dolo, la *culpa lata* «puede ser dispensada por el acreedor», *op. cit.*, p. 51.

⁴⁴ D'ORS, *op. cit.*, parágrafo. 456, p. 513: en las escuelas bizantinas y posteriores «la culpa grosera (culpa lata) se equipara al dolo».

dado que era gratuito⁴⁵ y el Derecho Justiniano extendió a la culpa grave⁴⁶).

Morales sostiene que de las dos formas en que podría ser entendida la equiparación en las Partidas (como presunción *iuris tantum* de dolo, con posible prueba en contrario, o como equiparación sin posible prueba de inexistencia de «la malicia del dolo»⁴⁷), la segunda es la correcta.

El propio Morales reconoce que Gregorio López matiza la equiparación al glosar «ubi requiritur dolus ex proposito non sufficit culpa lata»⁴⁸. Esta afirmación afecta, a mi juicio, a la virtualidad de la equiparación para el problema ahora estudiado, por cuanto los pactos de *non petendo* con dolo estaban regulados en la Partida 5.11.29, y en ella se exige *ex proposito* dolo. Solo cuando hay dolo los pactos de exclusión de responsabilidad son nulos («que la promission que ome fiziesse a su mayordomo, o a su despensero que le non demandasse el furto o el engaño que le fiziesse que non vale» – la regla se aplica no solo a mayordomos y despenseros, sino también «a todos los otros omes», como dice al final). Exigiéndose «ex proposito» dolo, no parece que pueda aplicarse esta regla sobre el pacto de *non petendo* a la culpa grave (que por lo demás ni siquiera está mencionada en P.5.11.29 ni en su glosa).

No podemos, por consiguiente, aceptar que la equiparación entre dolo y culpa grave, que se establece claramente para el depósito en las Partidas, se extienda en ellas también a los pactos de *non petendo* relativos a la responsabilidad contractual.

En la doctrina medieval, destaca el protagonismo atribuido a las clasificaciones de los distintos grados de la culpa, que llegan a ser cinco en algunos autores siguiendo la tradición de Bártolo (*latissima, latior, lata, levis y levissima*)⁴⁹. Las culpas *latissima* y *lterior*

⁴⁵ Longo, C., *Corso di diritto romano*, Il deposito, Milán, Giuffrè, 1933, y también BERMEJO CASTRILLO, M. A., «La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación histórica castellana y en el derecho de la codificación», en *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, 2015, p. 46 nota 95 (el depositario «custodiam non praestat»).

Vid. D. 13.6.5.2, y D. 44.7.1.5.

⁴⁶ BERMEJO CASTRILLO, M. A., «La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación histórica castellana y en el derecho de la codificación», en *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, 2015, p. 46, nota 96.

⁴⁷ MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, vol. 35, núm. 3, 1982, p. 607: «no es precisamente en este plano en el que nuestra Ley de Partidas sitúa la equiparación que estamos considerando. La equiparación de la *culpa lata* al dolo no admite ahí prueba en contrario».

⁴⁸ «Cuando se exige *ex profeso* dolo no basta con la *culpa lata*» (traducción propia).

⁴⁹ En particular, en la Escuela de Orleans y en Bártolo, que según BADOSA COLL (*op. cit.*, p. 734 nota 62) distinguen entre *culpa latissima* (dolo manifiesto), *culpa lterior* (dolo presunto, violación de la *diligentia quam in suis*), *culpa lata* (violación de *quod omnes intelligunt*), culpa leve (violación de la diligencia de un buen padre de familia) y culpa

son en realidad dolo, porque incluyen fraude (*fraus*). Las otras, incluida la *culpa lata*, se distinguen del dolo y no pueden confundirse con él. No es cierto, por tanto, que en Derecho medieval existiera una equiparación general entre *culpa lata* y dolo, más bien lo contrario es cierto, como sostiene Badosa con fundamento en Bártolo⁵⁰.

Joannes de Blanasco⁵¹ define *culpa lata* como «quaedam negligentia quae consistit in eo quis minorem diligentiam adhibet in rebus alienis quam in rebus suis et communis hominum natura desiderat»⁵². El canon es por tanto el de la diligentia quam in suis combinada con la «común naturaleza de los hombres» (de todos ellos o de la «maior pars» de los hombres).

Por su parte, Bellapertica entiende que incurre en *culpa lata* «qui ignorat illud quod omnes sciunt vel debet intelligere si habet eadem causam sciendi cum alii»⁵³, matizando por tanto que «omnes» (en la frase de Ulpiano «quod omnes intelligunt») debe entenderse en el sentido de «omnes qui sunt eiusdem conditionis scilicet inspecta conditione sub qua contractus est celebratus»⁵⁴, como el lego que ofrece realizar servicios de veterinario sin tener

levissima (violación de la diligencia de un padre de familia diligentísimo). Vid. Bártolo, S. D.v.p.l. Quod Nerva, n. 8, Dig. Depositi. Él mismo aclara que el concepto de *culpa latissima* es en realidad dolo («dolus est culpa latissima»). En realidad, como explica Badosa, tanto la *culpa latissima* como la *culpa latior* son en realidad supuestos de fraude (*fraus*), por lo que no encajan en nuestro concepto moderno de culpa, sino en el de dolo.

⁵⁰ Véase en Bártolo: «si ergo culpa lata venit ex ignorantia, ergo patet quod lata culpa non est fraus praesumpta seu dolus praesumptus qui provenit ex animo» («si la culpa grave procede de la ignorancia, es por tanto evidente que la culpa grave no es fraude presunto o dolo presunto, el cual procede de la intención»). Bártolo, S. D.v.p.l., Quod Nerva, num. 3, Dig. depositi. Vid. comentario en Badosa, *op. cit.*, p. 723, nota 56.

Como aclara Badosa, Bártolo define siempre el dolo «por su componente intencional» («ex animo» o «scienter»). Lo mismo en Baldo («dolus est malitia», «animus nocendi»).

⁵¹ Existe con anterioridad la definición de Azón, que considera *culpa lata* como «adeo diligens ut natura desideret vel ut homines consueverunt ese diligentes» «Tan diligente como desea la naturaleza o como los hombres han acordado» (traducción propia). Vid. en BADOSA, *op. cit.*, p. 86 y nota 5.

⁵² «Aquella negligencia que consiste en aquel que emplea una menor diligencia en los asuntos ajenos que en los suyos y que la que se exige por la común naturaleza de los hombres» (traducción propia). Joannes de Blanasco, citado por Bártolo en S.d. V.p.l. Quod Nerva, Qu. 5.^a, Dig. Depos., vid. en BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 83, nota al pie 4.

⁵³ «El que ignora lo que todos saben, o deben entender, si tiene la misma razón para saberlo que los demás» (traducción propia). Bellapertica In Instit. Inst. Lib. 4 De oblig. quae ex quasi delicto nascuntur, n. 7, vid. en BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 83, nota al pie 4.

Una versión ampliada de esta definición en Bellapertica es la siguiente: «negligentia magna ex fatuitate procedens quae consistit in eo quod minorem diligentiam quis adhibet quam hominum communis natura desiderat qui sunt eiusdem professionis et conditionis» («gran negligencia procedente de fatuidad, que consiste en que se emplea menos cuidado del que exige la naturaleza común de hombres de la misma profesión y condición» (traducción propia)). BADOSA COLL, F., *ibidem*, p. 92.

⁵⁴ «Todos los que sean de la misma condición, es decir, teniendo en cuenta la condición bajo la cual se celebró el contrato» (traducción propia). *Ibidem*, p. 84, nota 4.

conocimientos para ello. En esta definición se subraya el aspecto de la crasa falta de conocimiento del deudor, en la línea de Ulpiano.

Bártolo definió las culpas lata, leve y levissima por referencia a la violación de distintos modelos de conducta: el del común de los hombres (*culpa lata*), el del deudor diligente (*culpa leve*) y el del deudor diligentísimo (*culpa levísima*)⁵⁵. La definición de *culpa lata* en Bártolo es «*deviatio incircumspecta ab ea diligentia quam communiter habent homines qui sunt eiusdem professionis et conditionis*»⁵⁶.

La doctrina posterior se centró en estos tres tipos de culpa (*lata*, *leve* y *levissima*), salvo las opiniones minoritarias que eliminaron la *levissima*⁵⁷. La *culpa lata* es la violación del modelo de conducta del común de los hombres, la *leve* es la violación del canon del diligente padre de familia, y la *levísima* es la del canon del diligentísimo padre de familia⁵⁸.

La equiparación entre el régimen jurídico de las culpas *latissima* y *latior* y el del dolo responde en realidad a que ambas constituyen *fraus* (probado o presunto por violación de la *diligentia quam in suis*⁵⁹), y por tanto son conductas dolosas⁶⁰. En cuanto a la *culpa lata*, la mayoría de los autores la diferencian claramente del dolo: así, por ejemplo, Zasius y Donellus⁶¹.

Alciatus, en el siglo XVI, dice que la culpa *latior* (la basada en la violación de la *diligentia quam in suis*) constituye una presunción de fraude y por eso se asimila al dolo⁶², mientras que la *culpa lata* (la basada en la «*supina et inexcusabilis culpa*»), aunque no constituye presunción de fraude, solo «*parum distet*» (dista un poco) del fraude⁶³. No obstante, en lo demás incluye a la *culpa latior* en la *lata*⁶⁴: Alciatus y la doctrina posterior asimilan la *culpa*

⁵⁵ Vid. en BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 737.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 85 nota 4.

«Desviación temeraria de esa diligencia que tienen en común hombres de la misma profesión y condición» (traducción propia). La traducción de «*incircumspecta*» admite varias posibilidades, desde «*imprudente*» hasta «*irresponsable*», o incluso «*sin circunspección*».

⁵⁷ Como Donellus: véase en BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 738, nota 69. La *lata* puede ser «*quam in suis*» o por ignorar «*quod omnes intelligunt*», y la *leve* o *levísima* por infringir la diligencia del un padre de familia.

⁵⁸ BADOSA, *op. cit.*, p. 737.

⁵⁹ Vid. BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 740. Sostiene Badosa que, en un momento posterior, los antibartolistas, a partir de Zasius, similan la *culpa latior* (*diligentia quam in suis*) a la *lata* (

⁶⁰ Así, BADOSA COLL, *cit.* p. 734 nota 62.

⁶¹ Vid. en BADOSA, *cit.* p. 737 y nota 65.

⁶² «*Quia praesumptum in se fraudem continent*», Alciatus, tit. verb. Sign. I latae culpae, número 3, vid. comentario en BADOSA COLL, *cit.* p. 740, nota 70.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ BADOSA, *op. cit.*, p. 737.

latior (violación de la *diligentia quam in suis*) con la lata (violación de una «regla de conducta prácticamente universal en su aplicación»), en lo que constituye una vuelta a la doctrina originaria de Joannes de Blanasco. Con posterioridad, la *culpa latior* (violación de la *diligentia quam in suis*) seguirá un camino distinto, considerándose un modelo diferente, el de la «culpa in concreto», al margen de los criterios de graduación de la culpa⁶⁵.

En cualquier caso, y por lo que aquí interesa, la doctrina medieval y renacentista admite lo que se llamaba la «remisibilidad» de la *culpa lata*, es decir, el pacto en contrario de la responsabilidad por *culpa lata*, pero no la del dolo, como aclara Badosa⁶⁶. Incluso algunos autores⁶⁷ aceptaban la «remisibilidad» del dolo presunto (*culpa latior*), que en general se rechazaba. Por tanto, la supuesta regla de la equiparación de la culpa grave al dolo a efectos de la nulidad o inaplicabilidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad no estaba vigente, pese a las apariencias, en Derecho medieval y renacentista. La regla era la contraria.

En el mismo sentido cabe citar en la doctrina castellana del siglo xvii a Gaspar de Hermosilla e hijos, que distinguen nítidamente (y no equiparan) culpa grave y dolo, éste último caracterizado por «fraude et malitia», «animo maligno», «voluntatis vitium»⁶⁸.

Varios siglos después, sin embargo, Pothier atribuye erróneamente al Derecho romano («les jurisconsultes romaines», sin distinción) la tripartición de la culpa y la equiparación de la *culpa lata* al dolo⁶⁹. Pothier divide los contratos en tres: los celebrados en interés exclusivo del acreedor, como el depósito, en los que se responde por buena fe (que equipara a dolo o culpa grave)⁷⁰, los celebrados en interés de ambas partes, en los que se responde por culpa leve u ordinaria, y los celebrados en interés exclusivo del deudor, en los que se responde por *culpa levissima*. Define *culpa lata* como

⁶⁵ BADOSA, *op. cit.*, p. 741.

⁶⁶ Véase en BADOSA, *op. cit.*, p. 720, nota 54, las referencias a Dynus, Castrensis, Alex. Tartagnus, Fulgosius y Decius. Dice Badosa que «la doctrina se planteó la objeción de la equiparación de la culpa lata al dolo (el cual por definición era irremisible). Objeción que se rechazó sobre la base de que la culpa lata «simplicitate et quedam fatuitate procedit» (Decius).

⁶⁷ Así, Covarrubias, Mascardus, Carocius y Matienus, todos ellos citados en BADOSA, *op. cit.*, p. 720 nota 54.

⁶⁸ Véase citado en BADOSA, *op. cit.*, p. 42, nota 6.

⁶⁹ POTHIER, *Traité des obligations*, en la 2.^a ed. ampliada de 1764, es la página 544, en el capítulo «Observation Générale sur le précédent traité, et sur les suivans ». En la edición de Dalloz 2023, es la página 452.

⁷⁰ *Ibidem*, ed. 1764, p. 543. «Dans les contrats qui sont faits pour le seul intérêt du créancier, on n'exige du débiteur que de la bonne foi, et il n'est tenu en conséquence que de la faute lourde» («en los contratos que son celebrados en interés exclusivo del acreedor, no se exige al deudor otra cosa que la buena fe, y por consiguiente no está obligado a otra cosa que a no incurrir en culpa lata», traducción propia).

«ne pas apporter aux affaires d'altrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires»⁷¹.

Y entiende aplicable a estos efectos la equiparación entre *culpa lata* y *dolo*: «culpa lata, comme étant opposée à la bonne foi requise dans le contrat; et c'est en ce sens que les lois disent *lata culpa comparatur dolo, lata culpa dolus est*»⁷². En particular, esta conclusión la afirma en sede de depósito, en el que se responde por *dolo* o *culpa grave*⁷³. No obstante, no llega a aplicar esta equiparación de modo expreso a las cláusulas limitativas de la responsabilidad.

Pothier cree defender con esto «la doctrine unanimement tenue par tous les interprètes des lois romaines, et par les auteurs des traités de droit»⁷⁴ (aunque, como hemos visto, Pothier se equivoca de plano: no siempre los jurisconsultos romanos y los autores medievales dicen lo que se supone que dicen). Pero Pothier no pudo dejar de hacer constar que había tenido conocimiento (porque su autor se lo había remitido) de la entonces reciente (1764) publicación de un tratado que defendía (con acierto) que, en Derecho Romano (clásico), no existía la mencionada tripartición de las culpas según sus grados. Se trata de la obra de M. Lebrun, según la cual solo hay dos tipos de diligencia: la diligencia del buen padre de familia («*qualem diligens paterfamilias adhibere solet*») y la diligencia in concreto «*quam in suis*» («*rebus suis consuetam diligentiam*»). El propio Pothier reconoce la fuerza de la argumentación y los conocimientos del Derecho romano de Lebrun⁷⁵, pero sigue prefiriendo las tesis que considera tradicionales, por ajustarse mejor a los distintos intereses de los contratos (según estos estén celebrados en interés del acreedor, del deudor o de ambos, como se ha visto).

⁷¹ Ibidem, ed. 1764 p. 543. «No emplear en los asuntos ajenos el cuidado que las personas menos cuidadosas y las más estúpidas no dejan de emplear en sus propios asuntos» (traducción propia).

⁷² Ibidem, ed. 1764, p. 544. «La culpa lata, como opuesta a la buena fe exigida por el contrato; y es en este sentido que las leyes dicen “la culpa lata se compara con el dolo, la culpa lata es dolo”» (traducción propia).

⁷³ Ibidem, p. 72 (Partie I, Chapitre II): el depositario «n'est tenu par conséquent, à cet égard, que de la faute lourde qui, a cause de son énormité, tient du dol: tenetur duntaxat de *lata culpa et dolo proxima*» («solo está obligado, en consecuencia, a este respecto, por culpa lata que, a causa de su enormidad, está cercana al dolo: se considera la culpa lata próxima al dolo»).

⁷⁴ Ibidem, ed. 1764, p. 545. «La doctrina unánimemente defendida por todos los intérpretes de las leyes romanas, y por los autores de los tratados de Derecho» (traducción propia).

⁷⁵ Ibidem, ed. 1764, p. 546. Refiriéndose a Lebrun, dice que «m'a paru très versé dans la connaissance des lois romaines» («me ha parecido muy versado en el conocimiento de las leyes romanas», traducción propia).

Como se ha visto, Pothier ni siquiera se plantea la supuesta equivalencia entre dolo y culpa grave a efectos de la inaplicación o nulidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad. Pothier está en realidad pensando en la necesidad de que se responda por culpa grave (además de por dolo) y no por culpa leve en el contrato de depósito, por ser éste gratuito y en interés exclusivo del acreedor. Está hablando del canon de diligencia exigible por defecto en el contrato, no del pacto limitativo de la responsabilidad ni de sus límites.

De lo anterior resulta que tanto en Pothier como en la mayoría de los autores estudiados, cuando se acepta la equiparación entre dolo y culpa grave ello se hace a los limitados efectos de extender a la culpa grave la responsabilidad contractual que en algunas figuras contractuales (principalmente el depósito) las fuentes restringían al dolo, y no para excluir las cláusulas de limitación de responsabilidad en caso de culpa grave. El argumento histórico no sirve para fundar la equiparación.

V. LA CODIFICACIÓN

A) LA EVOLUCIÓN EN FRANCIA

En Francia, el Code Civile prescindió de la tripartición de culpas, quizás a consecuencia de las críticas de P. Lebrun —de las que se había hecho eco ya Pothier, aunque sin compartirlas—, y por tanto omitió toda equiparación expresa entre culpa grave y dolo a estos efectos⁷⁶.

No obstante, la jurisprudencia posterior en Francia a partir de principios del siglo xx acogió la regla de la equiparación de la culpa grave al dolo a efectos de la inaplicación de cláusulas limitativas de responsabilidad⁷⁷, especialmente en materia de transporte,

⁷⁶ En este sentido, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, pp. 742 ss. Ello sin perjuicio de que, en el caso específico del depósito, el Code Civile acudió a la diligencia quam in suis (culpa in concreto): «Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent» («El depositario debe prestar, en la guarda de la cosa depositada, los mismos cuidados que utiliza en la guarda de las cosas que le pertenecen»).

⁷⁷ Véase por ejemplo la Sentencia de la Cour de Cassation Cass. civ. 1, 19 septembre 2007, n° 05-17.769, Société Sacer Atlantique, FS-P+B. Vid. comentario en <https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/3209364-jurisprudence-appreciation-de-la-faute-lourde-susceptible-de-tenir-en-echec-l-application-d-un-plaf>.

materia en la que su interpretación del artículo 29 CMR⁷⁸ –sobre el que luego volveremos– resulta criticada por la propia doctrina francesa⁷⁹ y española⁸⁰. La culpa grave se define en la jurisprudencia francesa como «la négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée»⁸¹.

Pero en la jurisprudencia francesa desde finales del siglo xx, a partir de la Sentencia Chronopost de 22 de octubre de 1996 y las sucesivas⁸², el foco de atención no se pone tanto en la existencia o no de culpa grave (definida no ya en términos objetivos sino subjetivos⁸³, como «une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle»⁸⁴) sino en el impacto que puede tener la cláusula limitativa de responsabilidad sobre la obligación esencial⁸⁵ atendida la causa del contrato⁸⁶, hasta el punto

⁷⁸ Vid. por ejemplo la Sentencia Cass. com., de 21 de febrero de 2006, no 04-20139, que sigue el criterio sentado en las dos Sentencias de 24 de abril de 2005 (Contrats, conc. consom. 2005, comm. no 150, obs. L. Leveneur, D. 2005, p. 1864, note Tosi et somm., p. 2845, obs. B. Fauvarque-Cosson, JCP 2005, II, 10666, obs. G. Loiseau, RDC 2005, p. 651, avis de R. de Gouttes, p. 673, obs. D. Mazeaud et p. 752, obs. Ph. Delebecque, Rev. Lamy dr. aff., sept. 2005, obs. G. Viney).

⁷⁹ En Francia, Mazeaud cita como contrarios a la equiparación absoluta de la culpa grave al dolo a numerosos autores franceses: Fromageot, Sainctelette, Boutard, Josserand, Voisenet, Lalou, Jambú-Merlin y Roblot. Vid en MAZEAUD, H y L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad*, 1962, p. 64, nota 7. Cit. por MARTHA NEME, «Culpa lata dolo aequiparatur», en *Sistema del ius romanum, Sistema jurídico romanista y Subsistema Jurídico Latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Universidad Externado, Bogotá, nota 3.

⁸⁰ Vid. una crítica en MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–* Granada, 2002, pp. 537 y ss. También en SÁNCHEZ-GAMBORINO, F., *La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera*, Ed. ICG Marge, 2017, pp. 388 y ss.

⁸¹ «La negligencia de una extrema gravedad cercana al dolo y que denota la falta de aptitud del deudor para el cumplimiento de la misión contractual que había aceptado» (traducción propia).

⁸² Vid., al respecto, Ch mixte 22 de abril de 2005 D. 2005, Jur. P. 1864, así como Ch. com 21 de febrero de 2004 pourvoi 04-20139.

Véanse también las Sentencias *Faurecia*, de 13 de febrero de 2007 (Cass. com., 13 fév. 2007: Bull. civ. IV, n° 43; BICC, 1er juin 2007, n° 1194 y la nota) y *Exland* de 5 de junio de 2007 (Cass. com., 5 juin 2007: R., p. 434; Bull. civ. IV, n° 157; BICC, 15 oct. 2007, núm. 2107, y la nota).

⁸³ Vid. BAKOUCHE, David: «Appréciation de la faute lourde susceptible de tenir en échec l'application d'un plafond légal de réparation», disponible en <https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/3209364-jurisprudence-appreciation-de-la-faute-lourde-susceptible-de-tenir-en-echec-l-application-d-un-plaf>.

⁸⁴ «Una negligencia de extrema gravedad cercana al dolo que denota la falta de aptitud del deudor de la obligación para el cumplimiento de su misión contractual», definición establecida en la Sentencia de la Cour de Cassation de 22 de abril de 2005 (número 03-14112).

⁸⁵ Véase Cass. Com, 22 oct. 1996.

⁸⁶ La doctrina ha llegado a decir que la noción de «culpa grave» no cumple ya función alguna en esta materia: «il n'est pas excessif d'affirmer que la faute lourde ne revêt plus aucune utilité lorsqu'on est en présence d'une clause limitative de réparation ayant une source contractuelle. Dans un tel cas seuls les concepts d'obligation essentielle et de

que se ha llegado a decir –acaso con exceso– que la noción de culpa grave ya no cumple función alguna en el examen de la validez o inaplicación de las cláusulas limitativas de responsabilidad⁸⁷, salvo en las limitaciones legales o reglamentarias. Las cláusulas limitativas serán nulas o inaplicables cuando la limitación deje insatisfecha la obligación esencial del contrato (con palabras del Arrêt Sentencia Faurecia II, de 29 de junio de 2010⁸⁸, «seule este réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur»⁸⁹). En cambio, se aceptan las limitaciones sobre obligaciones no esenciales, con o sin culpa grave. Y, desde el mismo Arrêt Faurecia II de 29 de junio de 2010, se dice que no basta con que la limitación de responsabilidad afecte a una obligación esencial, atendida la causa del contrato, sino que es preciso que la indemnización sea «dérisoire» (irrisoria) a la luz de la repartición de riesgos y el precio pactados⁹⁰.

El foco de la cuestión se desplazó por tanto del antiguo artículo 1150 Code Civile al antiguo artículo 1131 Code Civile, de la culpa grave (que no ha llegado a abandonarse formalmente nunca) a la causa del negocio jurídico y al carácter vinculante de la obligación esencial del contrato.

Existieron tres proyectos de reforma del Code Civil en Francia en la materia⁹¹: los proyectos Catalá de 2004, Terré de 2006

cause ont un réel intérêt. Cela conduit M. Delpech à affirmer que la notion de cause connaît une incontestable vitalité «à tel point qu'elle semble totalement éclipser celle de faute lourde, dont le droit des transports constitue pourtant traditionnellement un terrain privilégié pour écarter les plafonds de responsabilité». Vid. en el Informe del Institute Numerique de 5 de noviembre de 2010, publicado en <https://www.institut-numerique.org/section-2-une-notion-de-faute-lourde-marginalisee-4fc899079b3db>.

Véase también el sucesivo informe del Institute Numerique publicado el 1 de junio de 2012, disponible en https://www.institut-numerique.org/la-faute-lourde-et-les-clauses-limitatives-de-responsabilite-4cd45375e4b58#google_vignette.

Al respecto puede también consultarse Dos Santos Martins, L., «Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 30/2012, BIB 2012/3249, p. 6. Dos Santos advierte que la Cour de Cassation en la Sentencia Chronopost pone el acento en que la cláusula de limitación de responsabilidad «atenta contra la causa del compromiso suscrito por el contratante», y resulta por ello contraria a la obligación esencial del contrato.

⁸⁷ Ibidem. Vid. el informe del Institute Numerique de 1 de junio de 2012, <https://www.institut-numerique.org/a-le-concept-dobligation-essentielle-dorenavant-affranchi-de-la-faute-lourde-4cd453760ebc8>.

⁸⁸ Cass. com., 29 juin 2010: JCP 2010, n° 787, note D. HOUTCIEFF et Ph. STOFFEL-MUNCK, chron. resp. civ., p. 1015, spéc. n° 11, p. 1917.

⁸⁹ «Solo se considera no escrita la cláusula limitativa de la indemnización que contradice el alcance de la obligación esencial asumida por el deudor».

⁹⁰ «Aux termes d'une clause stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait («con arreglo a una cláusula que estipulaba que los precios acordados reflejaban el reparto de riesgos y la limitación de responsabilidad que de ello resultaba»).

⁹¹ Véase el Informe del Institute Numerique de 5 de noviembre de 2010, publicado en <https://www.institut-numerique.org/section-2-une-notion-de-faute-lourde-marginalisee-4fc899079b3db>.

y Chancellerie de 2008⁹². Por lo que aquí interesa, el proyecto Catalá no menciona la culpa grave en materia de cláusulas excluyentes o limitativas de la responsabilidad (salvo en el equivalente francés al artículo 1107 C.c., cuestión distinta a la ahora estudiada)⁹³, pero establece (art. 1125.2) que «est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause» («se considera no escrita toda cláusula que sea incompatible con la realidad de la causa»), volviendo a la jurisprudencia sobre la causa del negocio y separándose de la jurisprudencia antigua sobre culpa grave. En particular, su artículo 1382-2 dispone que un contratante «no puede excluir o limitar la reparación del daño causado a la otra parte (...) por el incumplimiento de una de sus obligaciones esenciales».

Por su parte, el proyecto Terré dispone que «toute clause inconciliable avec l'obligation essentielle du contrat est réputée non écrite» («toda cláusula inconciliable con la obligación esencial del contrato se considera no escrita»), prescindiendo por tanto del concepto de culpa grave⁹⁴ y situando la cuestión en la interpretación del contrato en su conjunto a la luz de su obligación esencial.

Por último, el proyecto Chancellerie prescinde igualmente de la culpa grave⁹⁵ a estos efectos, y sienta la regla de que «un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire»⁹⁶, adoptando por tanto un punto de vista basado en la causa, sin que la culpa grave desempeñe por sí misma papel alguno en las cláusulas limitativas de la responsabilidad. Desde este punto de vista, una cláusula de exoneración de responsabilidad en caso de culpa grave, como muchas otras cláusulas contractuales, podrá –o no– dejar sin interés el contrato, en atención a la contraprestación pactada y dependiendo de las circunstancias que concurren.

⁹² Véase también sobre ellos Alpa, G., *Réflexions sur le projet de réforme du droit des contrats*, *Revue internationale du droit comparé*, 2015, 67-4, pp. 877-899.

⁹³ Menciona no obstante la culpa grave, asimilándola al dolo, a los efectos de considerar inaplicable la regla equivalente a nuestro artículo 1107 C.c. (solo se indemnizan los daños previsibles, no los imprevisibles).

⁹⁴ Salvo para excluir, como en el proyecto anterior, la aplicación de la regla equivalente al artículo 1107 C.c. español (indemnizabilidad solo de los daños previsibles salvo dolo –a lo que se añade en este proyecto la culpa grave).

⁹⁵ Ni siquiera la usa en el artículo 176 a los mismos efectos anteriormente citados (equivalente al art. 1.107 C.c. español), que solo habla del dolo.

⁹⁶ «Un contrato a título oneroso es nulo por falta de interés cuando desde su origen la contrapartida acordada en beneficio de aquel que se obliga es ilusoria o irrisoria».

Pero la culpa grave como tal ni siquiera es mencionada, ni mucho menos asimilada al dolo.

Tras estos proyectos, se produjo en 2016 la aprobación de la Ordenanza núm. 2016-131, de 10 de febrero de 2016⁹⁷, que si bien introduce el concepto de «faute lourde ou dolosive» a muchos efectos⁹⁸, no lo usa en el contexto de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, cuestión que se rige por el nuevo artículo 1170, con arreglo al cual «toda cláusula que prive de su sustancia a la obligación esencial del deudor se reputará no escrita»⁹⁹, que como pone de manifiesto Savaux¹⁰⁰ es reflejo de la jurisprudencia dictada en los asuntos Chronopost. Con palabras de Pérès, con carácter general «la cláusula contraria no debe considerarse no escrita salvo si ella crea un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes»¹⁰¹ mediante el vaciamiento de la sustancia de la obligación esencial del contrato, como matiza Fabre-Magnan¹⁰². Al final la necesidad de preservar la obligación esencial del deudor se erige en el criterio principal, límite de orden público¹⁰³ que desplaza las consideraciones históricas sobre dolo o culpa grave en esta materia, sin distinción además entre los contratos de adhesión y los negociados individualmente¹⁰⁴. Como resume Fabre-Magnan, «aucune référence n'était plus fait à l'exigence d'une faute lourde du débiteur» («ninguna refe-

⁹⁷ Véase su texto en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004939/>.

⁹⁸ Uno de ellos es el equivalente al artículo 1107 C.c. español, que es el artículo 1231-3 del Código francés, cuyo nuevo texto, siguiendo en esto el proyecto Catalá, es el siguiente: «Art. 1231-3.-Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ». («El deudor no está obligado más que a los daños e intereses que han sido previstos o que podrían haber sido previstos en el momento de la celebración del contrato, salvo en el caso de que el incumplimiento se deba a dolo o culpa grave»).

Adviértase que esta regla está matizada por lo dispuesto en el artículo 1231-4 siguiente, que limita la indemnización, incluso en caso de dolo o culpa grave, a los daños en los que exista relación de causalidad inmediata y directa. Pero esto nos aleja del objeto de este trabajo.

⁹⁹ SAVAUX, Eric., «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», en ADC, tomo LXIX, 2016, fasc. III, p. 730.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 730.

¹⁰¹ Pérès, Cécile, «Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats», en *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 19.

¹⁰² Fabre-Magnan, Muriel, *Le droit des contrats*, 2023, p. 107. Este autor subraya la continuidad entre el nuevo régimen y el que resultaba de la Sentencia Faurecia II antes citada.

¹⁰³ Como también indica SAVAUX (ibidem), el nuevo artículo 1162 del Código Civil francés, en la línea del artículo 1255 C.c., dispone que «el contrato no puede derogar el orden público a través de sus estipulaciones».

¹⁰⁴ En este sentido LACHÈZE, Christophe, *Droit des contrats*, 5.ª ed., 2020, p. 153.

rencia se hace ya a la exigencia de una culpa grave del deudor»). El Código francés también permite al Juez moderar o elevar la pena convencional (art. 1231-5), pero sin consideración alguna relativa a la culpa, lata o no¹⁰⁵.

Esta Ordenanza del año 2016 fue ratificada por Ley en 2018¹⁰⁶.

B) LA CUESTIÓN EN LOS ORÍGENES DE LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA: INTERPRETACIÓN LITERAL DE LOS ARTÍCULOS 1102 Y 1103 C.C.

El Proyecto de Código Civil de García Goyena de 1851, a la luz de las Concordancias, Motivos y Comentarios de su autor fechadas en 1852¹⁰⁷, abandona la tripartición de la culpa. Dice que «destruidas ya las tres especies de culpas o diligencias», será poco frecuente un pacto expreso sobre el canon de diligencia debido por el deudor. En el artículo 1013 del Proyecto, en defecto de canon de diligencia pactado se aplica el canon de la diligencia «que es propia de un buen padre de familia». Lo mismo se repite en los comentarios a los artículos 1005¹⁰⁸ y 1669¹⁰⁹ del Proyecto. Se hace eco

¹⁰⁵ «Art. 1231-5.-Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de bexécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. «Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. «Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. «Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. «Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure »

«Cuando el contrato estipula que aquel que lo incumpla pagará cierta suma a título de daños e intereses, no se puede atribuir a la otra parte una suma más alta ni menor.

«Sin embargo, el juez puede, incluso de oficio, moderar o aumentar la pena así acordada cuando sea manifiestamente excesiva o irrisoria.

«Cuando la obligación haya sido ejecutada en parte, la penalidad convenida puede ser reducida por el juez, incluso de oficio, en la proporción del interés que la ejecución parcial ha procurado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior.

«Toda estipulación contraria a los dos párrafos anteriores se considerará no escrita.

«Salvo incumplimiento definitivo, la penalidad no se devenga hasta que el deudor es puesto en mora».

¹⁰⁶ Loi no. 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'Ordonnance no. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000036825602/>.

¹⁰⁷ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, 1.ª ed. 1852, reimpresión 1974, p. 542.

¹⁰⁸ Donde se dice que «la expresión «como un buen padre de familias» es feliz y encierra en abstracto un concepto fácil y sencillo», preferible a la tripartición de culpas.

¹⁰⁹ Donde, en relación con las obligaciones del depositario, dice que «nosotros habemos reducido este punto a su justicia y sencillez naturales por la regla general a todos los contratos sentada en los artículos 1.005 y 1.013».

García Goyena de las críticas existentes en aquel momento a la tripartición, que ponían de manifiesto que «la división de las faltas es más ingeniosa que útil en la práctica», pues lo único importante era el canon de diligencia pactado por las partes, «si la obligación del deudor es más o menos estricta» conforme a lo acordado»¹¹⁰.

Respecto del pacto de exclusión de responsabilidad, la cuestión se trata en el Proyecto de 1851 y en el Comentario de García Goyena tan solo en la responsabilidad por dolo, y no en la responsabilidad por culpa (desterrado ya el concepto mismo de «culpa lata»). El artículo 1012 del Proyecto dice que «cualquiera pacto en que se renuncie para lo futuro» el derecho de reclamar la responsabilidad por dolo «será nulo». El comentario cita Partidas 5.11.29, que como hemos visto más arriba dice que las exclusiones de la responsabilidad por dolo «podrían dar carrera a los omes de fazer mal». Ni en el Proyecto de 1851 ni en su comentario por García Goyena hay el menor atisbo de la equiparación entre dolo y culpa lata (concepto que ya no existe) a efectos de un posible pacto de exclusión de la responsabilidad, ni mucho menos a los efectos de una cláusula de limitación de la responsabilidad.

Gutiérrez¹¹¹, en 1869, se mostró partidario de la tripartición en términos generales, aunque dispuesto a asumir como propia la teoría del grado único de la culpa (ya anunciada en el Proyecto de 1851) si esta fuera aprobada por el legislador¹¹², pero no asimiló el dolo a la culpa grave en lo que respecta a los pactos de renuncia al dolo futuro¹¹³. Por lo que su respuesta a la cuestión ahora debatida (admisibilidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por culpa grave) ha de considerarse positiva.

Pocos años antes de la aprobación del Código Civil, el 2 de julio de 1875, el Tribunal Supremo dictó una Sentencia, citada por

¹¹⁰ En el comentario al artículo 1005 del Proyecto, García Goyena hace enteramente suyo el Discurso 59 Frances, en el que se decía: «la división de las faltas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella será necesario, á cada falta que ocurra, poner en claro, si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención, al obligarse, cuáles son las circunstancias. (...) Por estas consideraciones se ha decidido, que el que se obliga a la conservación de una cosa, debe poner en ello todos los cuidados de un buen padre de familias».

¹¹¹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, 1.ª ed., Libro IV (Obligaciones), pp. 46, 47 y 58 a 62.

¹¹² «Nosotros hallamos ventaja en la antigua división porque da mayores medios de proporcionar la responsabilidad de la culpa, principio ineludible de toda ley que tenga tendencia penal; pero siendo cierto que pueda ofrecer en la práctica alguna dificultad, no repararíamos en sustituir a esas reglas la del Código: el ejemplo del buen padre de familia es de buen origen y ejemplo práctico y seguro, unido al prudente y justificado arbitrio del juez», p. 62.

¹¹³ Considera Gutiérrez que es un pacto nulo por tener causa ilícita «el de renunciar al dolo futuro», y lo explica en los siguientes términos: «la promesa de que uno no demandará a otro por el engaño o hurto que le haga no vale, porque tales pleitos podrían dar carrera a los omes de fazer mal: é non deben ser guardados (Ley 29)», *op. cit.*, p. 46.

Manresa y por Morales, en la que consideró ineficaz el pacto de que el responsable «no respondía de cualquier desgracia». El Tribunal Supremo declaró que en relación con la *culpa lata* «no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla, como contraria e incompatible con la índole y objeto de los contratos». Se trataba de un mandato para transportar un sobre con 10.000 pesetas, y el mandatario abandonó en el carruaje la cartera sin tomar las más elementales precauciones. Quizás esta Sentencia fue acertada por el motivo equivocado, pues el pacto de «no responder de cualquier desgracia» no incluye dejar abandonado el sobre con el dinero en el carruaje. La declaración del Tribunal Supremo, no obstante, tiene un carácter innecesariamente general. Esta Sentencia es anterior al Código Civil, por lo que en realidad es solo una curiosidad histórica.

El Código Civil español, siguiendo el precedente del francés y el del Proyecto de 1851, eliminó con carácter general la tripartición de culpas, adoptando el criterio de la diligencia del buen padre de familia (antigua *culpa leve*). Los artículos 1.102, 1.103 y 1.104 C.c. distinguen nítidamente entre dolo (1.102 C.c.) y culpa (1.103 y 1.104 C.c.), y establecen como canon de diligencia el que «exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», en la línea de García Goyena.

Más adelante volveremos sobre esta cuestión por extenso, pero adelantemos ahora lo que se desprende de una mera interpretación literal. En particular, en cuanto al pacto de renuncia a la responsabilidad, el Código Civil tan solo lo menciona expresamente en el artículo 1102, para el caso de dolo, sin referencia alguna a la *culpa lata*. La palabra «igualmente», contenida en el artículo 1103 C.c. es la que más problemas hermenéuticos ha dado, entendiendo Morales que en ella se contiene una tácita prohibición de la exoneración completa de la responsabilidad por culpa (no aclara Morales si esta prohibición alcanzaría también a la limitación de la responsabilidad), y en cambio la doctrina más cercana al Código Civil, como Manresa, así como doctrina más reciente, como Díez-Picazo¹¹⁴, Salelles¹¹⁵ o Badosa Coll, entienden que la palabra «igualmente» no tiene el significado pretendido por Morales en ese contexto. Jordano Fraga, en general partidario de la tesis de Morales, reconoce que «igualmente» no significa total equiparación con el régimen del artículo 1102 C.c., pues ello afectaría también a la res-

¹¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II tomo I, 11.ª ed., 2016, p. 208. Este autor rechaza interpretar «igualmente» en el sentido propuesto por Morales, como el propio Morales reconoce.

¹¹⁵ SALELLES, J. R. *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*. Bolonia, 2007.

pensabilidad por culpa leve¹¹⁶. A mi juicio, «igualmente» no significa otra cosa que «también»: es decir, que además de responder por dolo también se responde por culpa, sin que ello signifique que todo lo que se ha dispuesto en el artículo 1102 C.c. sobre la responsabilidad por dolo sea «igualmente» aplicable a la responsabilidad por culpa regulada en el artículo 1103 C.c., con la única diferencia del poder moderador del Juez. Interpretado en este sentido el artículo 1103 C.c., tampoco cabría cláusula de exoneración o limitación de la responsabilidad por culpa ordinaria, lo que sin duda no ha sido el propósito del codificador. La existencia de dos preceptos, con regulación diferente, abona la tesis de que «igualmente» no puede interpretarse en tal sentido. Hasta aquí la interpretación literal del precepto. Como veremos a continuación, en variadas ocasiones el Código Civil equipara expresamente culpa grave a dolo, pero ésta –pudiendo haberlo hecho también– no es una de ellas. Como decía Gregorio López en sus comentarios a las Partidas (véase más arriba), «ubi requiritur dolus ex proposito non sufficit culpa lata»¹¹⁷. En el artículo 1102 C.c. el Código «requirit dolus ex proposito».

C) LA SITUACIÓN EN OTROS PAÍSES¹¹⁸

La situación en el ámbito internacional es la de una falta completa de coherencia, razón por la cual como veremos al final de este trabajo cobran mayor importancia los estudios y proyectos de normas comunes de Derecho Civil.

En Alemania el BGB siguió un criterio restrictivo, limitando la imposibilidad de pacto en contrario a la responsabilidad por dolo, y no a la que nace de culpa grave: así, el parágrafo 276 BGB dice que «el deudor no puede ser liberado anticipadamente de la responsabilidad por dolo». Solo el *pactum de dolo non praestando* es nulo, no el pacto de exclusión de la responsabilidad por culpa grave, sin perjuicio de las potestades del juez de control de las condiciones generales de la contratación, cuestión que no es específica de esta materia. La excepción históricamente existente en materia de transporte ha desaparecido ya¹¹⁹.

¹¹⁶ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, 1987, p. 367, nota 66 *in fine*.

¹¹⁷ «Cuando se exige ex profeso dolo no basta con la culpa lata» (traducción propia).

¹¹⁸ Con carácter general, véase OLIVA BLÁZQUEZ, F., «El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos», en *ADC* tomo LXXIV, 2021, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1099-1260

¹¹⁹ En materia de transporte antiguamente se equiparaba dolo y culpa grave a estos efectos (vid. 435 HGB). En 1998 se modificó este precepto para asimilar al dolo la actua-

En cambio, tanto en Suiza como en Italia el proceso codificador hizo suya la equiparación entre dolo y culpa grave a estos efectos: el artículo 100.1 de la Ley Federal Suiza de 30 de marzo de 1911 declaró nulo el pacto por el cual se exima al deudor de responsabilidad por dolo o culpa grave¹²⁰, y el Codice Civile Italiano de 1942, cuyo artículo 1229.1 dispone que «es nulo cualquier pacto que excluya o limite con carácter previo la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave» («È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave»)¹²¹.

La misma previsión se contiene en el artículo 332.1 del Código Civil griego¹²², y el artículo 63 del Código Civil colombiano (según el cual la culpa grave «en materias civiles equivale al dolo»).

En particular, en Derecho chileno, el artículo 44 de su Código Civil equipara expresamente la *culpa lata* al dolo, y sin embargo no hay unanimidad en doctrina¹²³ y jurisprudencia¹²⁴ sobre si esta equiparación impide o no la validez o la aplicación de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por culpa grave siempre y cuando tales cláusulas no determinen la práctica irresponsabilidad del deudor. Influye sin duda el hecho de que el artículo 1558 C.c. chileno permite alterar la regla de nuestro artículo 1107 C.c. mediante pacto entre las partes.

En cambio, en Derecho inglés es plenamente válida y aplicable la cláusula de limitación de responsabilidad por culpa grave («gross

ción hecha «con temeridad y a sabiendas de que con probabilidad se causaría un daño»: vid. en MARTÍNEZ SANZ *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Comares, 2002, p. 526.

¹²⁰ VON TUHR, A., *Tratado de las Obligaciones* (trad. española W. Rocés, 1934), tomo II, p. 99. Dice von Tuhr que en Derecho Común (y cita a Windscheid, *Pandectas*, 265.5), como en Alemania (BGB, 276), «solo se considera nulo el pacto de dolum non praestandum», con exclusión por tanto de la culpa grave.

¹²¹ «Es nulo cualquier pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave» (traducción propia). Sobre la cuestión, véase GALGANO, F., *Diritto Civile e Commerciale*, 1990. vol. 2, tomo 1, p. 65.

¹²² Vid. en RUIZ SUTIL, C., «El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto 2015, p. 775.

¹²³ Véase BANFI DEL RÍO, C., «La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile». *Revista Chilena de Derecho*. vol. 27, núm. 2. pp. 291-330 (2000). Sección Estudios, pp. 323 y 324. Este autor se muestra favorable a la admisión de las cláusulas limitativas de responsabilidad en caso de culpa grave si no determinan en la práctica la irresponsabilidad del deudor, y cita en su apoyo a Alessandri.

¹²⁴ Banfi cita la Sentencia de 11 de marzo de 1992 de la Corte Suprema de Casación de Chile, RDJ. T. 89, secc. 1.ª, pp. 24 ss., que sin embargo contradice las tesis de este autor, puesto que declara inaplicable la cláusula de limitación de responsabilidad en caso de culpa grave

negligence»), como se declaró en la Sentencia del Court of Appeal en el caso *Armitage v. Nurse and others* (1998, 241)¹²⁵ y confirma la doctrina¹²⁶. La discusión se centra fundamentalmente en los tér-

¹²⁵ En esta Sentencia se dice, en primer lugar, que la diferencia entre «culpa» («negligence») y «culpa grave» («gross negligence») tiene en Derecho inglés menos trascendencia que en Derecho continental, siendo una cuestión fundamentalmente de grado.

Se afirma en ella con claridad que en Derecho inglés no rige el principio «*culpa lata dolo aequiparatur*»: «we regard the difference between negligence and gross negligence as merely one of degree. English lawyers have always had a healthy disrespect for the latter distinction. In *Hinton v. Dibbin* (1842) p 2Q. B. 646 Lord Denman C. J. doubted whether any intelligible distinction exists; while in *Grill v. General Iron Screw Collier Co.* (1866) L. R. 1 C. P. 600, 612 Willes J. famously observed that gross negligence is ordinary negligence with a vituperative epithet. But civilian systems draw the line in a different place. The doctrine is culpa lata dolo aequiparatur; and although the maxim itself is not Roman the principle is classical. There is no room for the maxim in the common law; it is not mentioned in *Broom's Legal Maxims*, 10th ed. (1939)» («vemos la diferencia entre culpa y culpa grave como meramente de grado. Los juristas ingleses han tenido siempre una sana falta de respeto por esta distinción. En *Hinton v. Dibbin* (1842) p 2Q. B 646 Lord Denman C. J. dudó si existe una distinción inteligible: mientras que en *Grill v. General Iron Screw Collier Co.* (1866) L. R. 1 C. P. 600, 612 Willes J. observó –de forma que pasó a la fama– que la culpa grave es culpa ordinaria con un epíteto vituperador. Pero los sistemas de Derecho Civil trazan la línea en un lugar diferente. La doctrina es culpa lata dolo aequiparatur, y aunque la máxima en sí misma no es romana el principio es clásico. No hay lugar para esta máxima en el common law; no se menciona en *Broom's Legal Maxims*, 10th. Ed. (1939)»).

Y, por otra parte, en esta Sentencia se afirma expresamente que cabe limitar la responsabilidad en caso de culpa grave: «since it was open to contracting parties to exclude liability for ordinary or even gross negligence, such an exclusion was also open to the parties to a settlement» («dado que estaba dentro del poder de disposición de las partes contratantes excluir la responsabilidad por culpa ordinaria e incluso por culpa grave, tal exclusión también era posible para las partes en un settlement»).

¹²⁶ Véase Christou, R. *Drafting commercial agreements*, 6th Ed., Thomson Reuters, que en su página 36 afirma que «Liability for any type of breach arising from any cause, including total failure to perform caused by wilful default, can (leaving aside the impact of s.3 of the UCTA) be excluded, provided the clause is drafted widely enough (See *Suisse Atlantique Societe d'Armement SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A. C. 361). This principle was followed in *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A. C. 827, where an exclusion clause was found to be drafted so widely as to exclude liability for a wilful default which was also a fundamental breach of the contract. Similarly, in *Armitage v Nurse*, [1998] Ch. 241, the Court of Appeal held that a trustee-exemption clause could validly exclude liability for gross negligence as it was sufficiently widely drafted to cover this contingency, and that there was no point of public policy that would otherwise cause such a clause to be unenforceable» («La responsabilidad por cualquier tipo de incumplimiento, cualquiera que sea la causa de la que surja, incluyendo una completa falta de cumplimiento causada por dolo, puede (dejando al margen el impacto de s.3 del UCTA) ser excluido, siempre que la causa se redacte en términos suficientemente amplios (véase *Suisse Atlantique Societe d'Armement SA v. NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A. C. 361). Este principio se siguió en *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd* [1980] A. C. 827, donde una cláusula de exclusión de responsabilidad se consideró que había sido redactada en términos tan amplios que excluían la responsabilidad por dolo que además constituyó un incumplimiento fundamental del contrato. De forma similar, en *Armitage v. Nurse* [1998] Ch. 241, la Court of Appeal consideró que una cláusula de exención de responsabilidad en favor de un trustee podía válidamente excluir la responsabilidad por culpa grave dado que estaba redactada en términos suficientemente amplios para cubrir esta contingencia, y que no había razón alguna de políticas públicas que permitiera llegar a la conclusión de que una cláusula semejante debiera ser inaplicable»).

minos en los que la cláusula está redactada, y en si ésa era realmente la intención de las partes¹²⁷. La jurisprudencia inglesa es escéptica incluso respecto al concepto de «culpa grave», respecto de la que Willes J. afirmó –con palabras que han sido citadas en muchas ocasiones– que la culpa grave no es otra cosa que «culpa ordinaria con un epíteto vituperador»¹²⁸.

La situación es menos clara en Derecho estadounidense, pues en ocasiones la cláusula de limitación de responsabilidad se ha considerado inaplicable en caso de culpa grave, al menos en el Estado de Nueva York¹²⁹ y en los viejos Restatements of the Law¹³⁰, pero no en el Uniform Commercial Code¹³¹, más moderno, que acepta estas cláusulas de limitación de responsabilidad (con la excepción de los daños personales causados por bienes de consumo) y no establece excepción alguna a la validez de tales pactos en caso de culpa grave¹³².

El Derecho belga¹³³, modificado en 2022, permite expresamente la cláusula de exoneración completa de responsabilidad por culpa grave (art. 5.89 del Código Civil belga)¹³⁴, con las solas

Vid. también Glenn Kangisser y Shu SHU WONG, «Limitation of liability: a general overview under English Law», disponible en <https://www.haynesboone.com/news/alerts/limitation-of-liability-a-general-overview-under-english-law>.

¹²⁷ Véase Treitel, G. H., *The Law of Contract*, 1999, p. 203, y en el mismo sentido Cooke, John y Oughton, David, *Common Law of Obligations*, 2nd Ed., Butterworths 1993, p. 397.

¹²⁸ Véase nota al pie anterior.

¹²⁹ *Kalisch-Jarcho, Inc. v. New York*, 448 N. E.2d 413, 416 (N. Y. 1983). El concepto de *gross negligence* es el de «reckless indifference to the rights of others» (temeraria indiferencia hacia los derechos de otros).

¹³⁰ Vid. en RUIZ SUTIL, C., «El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto 2015, p. 778.

¹³¹ Véase el parágrafo 28:2-719 (Contractual modification or limitation of liability), relativo a la compraventa, que solo la excluye para los daños personales causados por bienes de consumo. Vid. en <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-719>.

¹³² Vid. en el mismo sentido Ruiz Sutil, C., *op. cit.*, p. 779.

¹³³ Ley de 28 de abril de 2022 modificando el Código Civil, disponible en https://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2022/07/01_1.pdf.

¹³⁴ «Art. 5.89. Clause exonératoire de responsabilité

§1. Sauf si la loi en dispose autrement, les parties peuvent convenir d'une clause exonérant le débiteur, en tout ou en partie, de sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. La clause peut exonérer le débiteur de sa faute lourde ou de celle d'une personne dont il répond. Une telle exonération ne se présume pas. Sont toutefois réputées non écrites les clauses qui exonèrent le débiteur:

1^o de sa faute intentionnelle ou de celle d'une personne dont il répond; ou

2^o de sa faute ou de celle d'une personne dont il répond, lorsque cette faute cause une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne.

Est pareillement réputée non écrite la clause qui vide le contrat de sa substance.

§2. Si le débiteur fait appel à des auxiliaires pour l'exécution du contrat, ceux-ci peuvent invoquer contre le créancier principal la clause d'exonération de responsabilité convenue entre celui-ci et le débiteur».

excepciones de la «faute intentionnelle» (en realidad dolo) y de los daños causados a la integridad física de una persona.

VI. OTROS SUPUESTOS ESPECÍFICOS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LEYES ESPECIALES: SU SIGNIFICADO.

A) LAS TRES REFERENCIAS EXISTENTES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

En la redacción originaria del Código Civil las referencias a la culpa son muy numerosas, pero en ninguna ocasión se hace referencia siquiera a la «culpa grave» o «lata». El precepto que más se aproxima, pero sin llegar a usar el concepto, es el artículo 1726, que dispone que «el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido» (se admite un mayor o menor rigor en la apreciación de la culpa, pero sigue sin usarse el concepto de culpa grave o lata). El Código en su redacción originaria, a la que pertenece el artículo 1102 C.c., prescinde por tanto por completo del concepto. Sin admitir siquiera el concepto de culpa grave, mal podría haber establecido la equiparación entre el dolo y la *culpa lata*.

Sin embargo, con posterioridad dos¹³⁵ de las sucesivas modificaciones del Código Civil (ha habido un total de 66) han introducido un total de tres supuestos en los que la culpa grave se asimila legislativamente al dolo. Ello no significa que la equiparación sea general: más bien al contrario, al especificarse expresamente los tres casos en los que la culpa grave tiene los mismos efectos que el dolo y al mantenerse la referencia exclusivamente hecha al dolo en los innumerables restantes casos, por exclusión, en estos últimos (incluido el artículo 1102 C. c.) no debe entenderse incluida la culpa grave. Si hubiera una automática y general equivalencia entre dolo y culpa grave, no habría sido necesario modificar estos tres artículos.

Los tres supuestos mencionados son el artículo 168 C.c., el artículo 1366 C.c. y el artículo 1904 C.c. El primero de ellos se

¹³⁵ La primera fue la Ley de 13 de mayo de 1981, que modificó los artículos 168 párr. 2.º y 1366 C.c., y la segunda la Ley 1/1991, de 7 de enero, que modificó el artículo 1904 C.c.

refiere a la responsabilidad de los padres que incurran en dolo o culpa grave causantes de la pérdida o deterioro de los bienes de los hijos de los que tienen la representación legal. El segundo establece la no responsabilidad de la comunidad de gananciales por las deudas extracontractuales de un cónyuge actuando en beneficio de la comunidad o en el ámbito de la administración de sus bienes, contraídas debido a dolo o culpa grave de dicho cónyuge. Y el tercero establece la acción de regreso de los centros docentes contra los profesores que hubieran incurrido en dolo o culpa grave, cuando dichos centros docentes sean condenados como responsables civiles por los actos de los menores a su cuidado.

Hay otras leyes que asimilan dolo y culpa grave, y lo hacen expresamente, por haber creído el legislador que resultaba necesario disponerlo en esos casos. Otras muchas hablan de dolo solamente, y ante el silencio relativo a la culpa grave tales normas no se interpretan por la doctrina en el sentido de incluir dicha *culpa lata* (véase como ejemplo nuestra legislación del transporte, que será objeto de estudio específico más adelante).

B) EQUIPARACIÓN EN LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO SOLO EN CASO DE PRECEPTO QUE EXPRESAMENTE LO DISPONGA

Como ejemplo de la asimilación legislativa de la *culpa lata* al dolo por disposición expresa de la Ley, solo en los cuatro casos en los que así se dispone expresamente y no en los restantes, cabe citar la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro. Dos de los cuatro supuestos en los que se equipara dolo y culpa grave se refieren a la declaración del riesgo previa a la suscripción del contrato (art. 10), y los otros dos supuestos consisten en el incumplimiento del deber de informar al asegurador sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro (que solo hace perder el derecho a la indemnización si concurre dolo o culpa grave, art. 16) y en la causación de un incendio por dolo o culpa grave del asegurado (que también hace perder el derecho a la indemnización: art. 48). En cambio, en otras cuatro ocasiones esta misma Ley se refiere al dolo, sin referencia a la culpa grave, y se interpreta en el sentido de que ha de ser necesariamente dolo, y no culpa grave, lo que concurra: son los artículos 28 (dolo en la inexactitud del valor estimado), 32 (dolo en la omisión de

la comunicación del seguro múltiple), 43 (subrogación del asegurador en la acción contra el pariente causante del daño con dolo) y 89 (inexactitud dolosa en las declaraciones del tomador del seguro sobre la vida). Lo mismo sucede cuando el legislador exige mala fe (art. 19 LCS): la culpa grave no se asimila a ella. Cuando el legislador ha querido que la culpa grave equivalga al dolo, así lo ha dispuesto expresamente. En cualquier otro caso, se interpreta que hace falta dolo y no basta con culpa grave.

Así lo ha declarado la jurisprudencia, según la cual solo podrán ser asimilables las figuras de culpa grave y dolo cuando se establezca expresamente en el precepto de aplicación que ambas figuras son equiparables (vid. Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil, de 22 de diciembre de 2008¹³⁶). En relación con el artículo 19 LCS (y con el art. 102 LCS) esta jurisprudencia se ha consolidado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2023¹³⁷, 22 de noviembre de 2022¹³⁸ y 22 de diciembre de 2008¹³⁹, todas las cuales exigen dolo, «acto intencional y malicioso del asegurado», y niegan expresamente que sea suficiente para ello la «negligencia, aunque sea manifiesta».

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1029/2008, de 22 de diciembre de 2008, La Ley 276686/2008, RJ 2009/161. FJ 6.º

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 579/2023, de 20 de abril de 2023, RJ 2023/2535, La Ley 63947/2023, que sostiene: «4.-El problema es que en este caso hubo una doble actividad delictiva: (i) una, de carácter doloso, que fue la sustracción de la gasolina del depósito del vehículo estacionado en el garaje; y (ii) otra, de carácter imprudente o culposo, que fue el incendio causado por la negligente manipulación del combustible. Desde ese punto de vista y conforme al artículo 19 LCS, la primera conducta no estaría asegurada, pero sí la segunda, puesto que no fue dolosa en el sentido exigido por el precepto.»

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil, 799/2022, de 22 de noviembre de 2022 (LA LEY 276686/2022, RJ 2022/5646), que afirma en su FJ 3.º: «El precepto, al utilizar la expresión «mala fe», se aparta de la terminología empleada en otros artículos de la misma Ley, en los que habla de «dolo» o «culpa grave». No obstante, la jurisprudencia de esta sala ha equiparado esta mención a la mala fe al dolo, en la acepción más amplia que incluye también el dolo civil, expresado como la intención maliciosa de causar un daño contrario a derecho, un daño antijurídico (sentencias 837/1994, de 1 de octubre; y 631/2005, de 20 de julio). Como indicó la sentencia 639/2006, de 9 de junio, para la interpretación del concepto de mala fe a que se refiere el artículo 19 LCS, «lo relevante es que ha de tratarse de un acto consciente y voluntario del asegurado. Ha de ser un acto intencional y malicioso del asegurado».

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, Sala Primera de lo Civil, 1029/2008, de 22 de diciembre de 2008 (LA LEY 276686/2008, RJ 2009/161), que declara en su FJ 6.º: «No puede aceptarse, en suma, la opinión doctrinal que asimila los supuestos de temeridad manifiesta a los supuestos de intencionalidad en la causación del accidente, habida cuenta de que el término intencionalidad, dolo o mala fe, empleado en diversas ocasiones por la LCS, no deja lugar a dudas acerca de que no comprende la negligencia, aunque sea manifiesta, especialmente si se tiene en cuenta que cuando la LCS quiere incluir junto a los de dolo los casos de culpa grave por parte de alguno de los intervinientes en el contrato de seguro lo hace constar expresamente así (vg., arts. 10 II y III, 16 III, 48 II LCS).»

Por el contrario, la responsabilidad por culpa grave es asegurable, como recuerdan Salelles¹⁴⁰, Carrasco¹⁴¹, Olivencia¹⁴², Sánchez Calero¹⁴³ e incluso Yzquierdo¹⁴⁴, aunque la responsabilidad por dolo no lo sea (art. 19 LCS). Como recuerda Jordano Fraga, la admisibilidad de pactos de limitación de responsabilidad por culpa grave va de la mano de la posibilidad de asegurar la responsabilidad por culpa grave¹⁴⁵: si aquella fuera contraria al orden público, también lo sería este aseguramiento, que según la inmensa mayoría de la doctrina (con la excepción del propio Jordano Fraga) es lícito.

En particular, son asegurables los daños causados por inexactitud de las manifestaciones y garantías prestadas a la contraparte en un contrato, incluso cuando concorra culpa grave en tal inexactitud (pero no cuando concorra dolo).

En el ámbito especial del seguro marítimo, se acepta cubrir el 90% del daño en caso de culpa grave (pero no el dolo) mediante pacto expreso (art. 419.1 Ley de Navegación Marítima)¹⁴⁶.

C) SUPUESTOS DE EQUIPARACIÓN Y NO EQUIPARACIÓN EN LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE

La equiparación o no de la culpa grave al dolo en cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual es una cuestión tratada con detenimiento y profusión entre los autores que han estudiado la legislación del transporte, especialmente –pero no solo– el Convenio Relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (en lo sucesivo, «CMR»).

¹⁴⁰ SALELLES, *op. cit.*, p. 277: «nada ha de impedir que pueda asegurarse la culpa, cualquiera que sea su intensidad (art. 19 LCS)».

Sobre el aseguramiento de la culpa, antes de la LCS, véase ALONSO SOTO, *El seguro de la culpa*, 1977, p. 281.

¹⁴¹ CARRASCO PERERA, A., «Artículo 1.102 C.c.», en Albaladejo, M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, vol. 1. Edersa, 1989, p. 475. Dice Carrasco: «la norma general es el artículo 19 de la L. C. S.: tanto de su texto («mala fe») como de su formación legislativa, se desprende que el legislador no quiso excluir la asegurabilidad de la culpa lata».

¹⁴² OLIVENCIA RUIZ, «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid 1982, pp. 899 a 901.

¹⁴³ SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, p. 271.

¹⁴⁴ YZQUIERDO, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid, 2001, p. 236 in fine. Lo cual es especialmente significativo porque como veremos más adelante Yzquierdo es en general partidario de la imposibilidad de excluir la responsabilidad por culpa lata.

¹⁴⁵ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 336, nota 12: «la no asegurabilidad de la responsabilidad por culpa lata es una consecuencia necesaria de su equiparación con el dolo a los efectos de la no derogabilidad o limitación de la responsabilidad de ellos derivada».

¹⁴⁶ Vid. Exposición de Motivos y artículo 419.1 Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

A este respecto, hay que distinguir ante todo entre las normas internacionales y las normas nacionales, que establecen soluciones totalmente diferentes (lo cual por cierto resulta desafortunado).

Con carácter general, entre las primeras cabría resumir el estado de la cuestión diciendo que ninguno de los tratados internacionales que regulan el transporte terrestre por carretera o ferrocarril, marítimo y aéreo establece la equiparación entre dolo y culpa grave a estos efectos. Todos ellos, menos el CMR utilizan como criterio el dolo o el dolo eventual, y por consiguiente declaran inaplicables las cláusulas limitativas de la responsabilidad del transportista cuando éste haya actuado con intención de causar el daño, o de modo temerario y con conciencia de que probablemente se causaría dicho daño.

Éste es el criterio que, tras diversos avatares históricos¹⁴⁷, adoptan hoy los tratados internacionales en vigor tanto en materia de transporte ferroviario internacional (Protocolo de Vilnius de 3 de junio de 1999, que modifica el Convenio CIM de 1952)¹⁴⁸, como en el transporte marítimo internacional (Reglas de La Haya-Visby)¹⁴⁹, como en el transporte aéreo internacional sujeto al Con-

¹⁴⁷ Sobre la evolución histórica, vid. SÁNCHEZ-GAMBORINO, F., La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera, ICG Marge, 2017, pp. 441 a 498, que contiene un excelente análisis de la cuestión.

Relata Sánchez-Gamborino que, por ejemplo, la primera versión del Convenio de Varsovia de 1929 relativo al transporte aéreo acogía la fórmula que hoy usa el CMR: «si el daño procede de su dolo o de culpa que, con arreglo a la Ley del Tribunal que entiende en el asunto, se considere como equivalente al dolo». No obstante, el Convenio de Varsovia de 1929 se modificó por el protocolo de La Haya de 1955, que ya utilizó la fórmula moderna que exige haber actuado «con intención de causar el daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente se causaría perjuicio».

En la versión originaria del Convenio CIM sobre transporte ferroviario internacional de 25 de octubre de 1952 se distinguía entre dolo (inaplicación del límite) y culpa grave (aplicación de un límite ad hoc, el doble que el límite ordinario). Como se verá, esta redacción fue sustituida en 1999 por la regla moderna, la misma vigente en el Convenio de Varsovia de 1929.

Sobre esta evolución histórica, véase también MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Granada, 2002, p. 515 y Arias Varona, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010), nota al pie 7 y página 285.

¹⁴⁸ Ratificado por España el 7 de junio de 2002, BOE de 23 de junio de 2006.

Este texto excluye la aplicación de las cláusulas de limitación de responsabilidad cuando el transportista haya actuado «con intención de provocarlo [el daño] o de modo temerario y con conciencia de que de ello podría resultar dicho daño» (art. 36).

En materia de transporte internacional de pasajeros por ferrocarril se usa la misma regla (art. 48 CIV).

¹⁴⁹ Las Reglas de La Haya se establecieron en el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque. Fueron modificadas, por lo que aquí respecta, por el Protocolo de Visby de 23 de febrero de 1968.

venio de Varsovia de 1929 modificado en 1955)¹⁵⁰, aunque en la inmensa mayoría de los casos será de aplicación el Protocolo de Montreal de 1999¹⁵¹, en el que (i) no hay limitación alguna en el transporte de personas por daños causados a éstas existiendo culpa (grave o no), (ii) la responsabilidad por transporte de carga, está siempre limitada, incluso en caso de dolo¹⁵², y (iii) tan solo en caso de retrasos o daños al equipaje se aplica la regla habitual en los tratados internacionales en materia de transporte. La misma regla del vigente artículo 25 del Convenio de Varsovia aplica también a otros convenios en materia de transporte que no han entrado en vigor o de los que España no es parte¹⁵³.

El artículo 4 bis.4 de las Reglas de La Haya, introducido por el Protocolo de Visby, dispone que los límites a la responsabilidad del porteador no se aplican si la conducta de éste se produjo «sea con intención de provocar un daño, sea temerariamente y con conciencia que resultaría probablemente un daño».

Similar fórmula se contiene en el artículo 8 de las Reglas de Hamburgo, Convenio sobre Transporte Marítimo de 31 de marzo de 1978, en vigor, que habla de una conducta del porteador «con intención de causar tal pérdida o, daño o retraso, o temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o el retraso».

Las Reglas de Rotterdam, Convenio sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo de 11 de diciembre de 2008, aún no en vigor, establecen en su artículo 61 un criterio similar: acto del porteador «cometido con la intención de causar dicha pérdida o daño, o temerariamente y a sabiendas de que la pérdida o el daño probablemente se produciría».

¹⁵⁰ Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, modificado por el Protocolo de La Haya de 1955. Este Protocolo de La Haya modificó el artículo 25 del Convenio de Varsovia, disponiendo que los límites no se aplicarían en caso de acción u omisión del transportista «con intención de causar el daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente se causaría perjuicio».

Véase una interpretación poco rigurosa del artículo 25 del Convenio de Varsovia (en el sentido de que actuar «con temeridad y sabiendo que probablemente se causaría perjuicio» se corresponde con el concepto de culpa grave) en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1987, RJ 1987/4276, FJ 3.º Esta afirmación resulta refutada en jurisprudencia posterior

¹⁵¹ Protocolo de Montreal de 28 de mayo de 1999, BOE 20 de mayo de 2004. Véanse sus artículos 18 y 19.

¹⁵² Dice SÁNCHEZ-GAMBORINO, cit., p. 477: «en transporte aéreo de mercancías, en el ámbito espacial de aplicación del Convenio de Montreal, la indemnización es siempre limitada, incluso habiendo sido probada la concurrencia de dolo».

Ello resulta del tenor literal del artículo 22.5 del Protocolo de Montreal, que en relación con el transporte de mercancías dice que «Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 de este artículo no se aplicarán si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes o agentes, con intención de causar daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño; siempre que, en caso de una acción u omisión de un dependiente o agente, se pruebe también que éste actuaba en el ejercicio de sus funciones». El transporte de mercancías (carga) está en el párrafo 3, por lo que queda excluido de esta regla. Y los daños causados a las personas están regulados en los artículos 17.1 y 21, que no admiten limitación alguna en caso de que el transportista haya incurrido en negligencia (mucho menos si ésta es grave).

¹⁵³ Artículo 21.1 del Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías en navegación interior (CMNI), no ratificado por España, y artículo 21 del Conve-

La doctrina¹⁵⁴ ha interpretado esta fórmula como equivalente al dolo directo o eventual¹⁵⁵, y algún autor ha manifestado que a estos efectos «toda forma de culpa –incluso la llamada culpa grave– queda descartada» (Sánchez-Gamborino)¹⁵⁶.

A mi juicio esto no es necesariamente así. En la fórmula habitualmente utilizada en los tratados internacionales en materia de transporte (excepto el CMR) falta la conciencia de la antijuridicidad y su carácter voluntario, que como hemos visto es requisito ineludible del dolo, incluso eventual. No es necesario para que concurra dolo la intención maliciosa de causar un daño (requisito solo aplicable al dolo directo y no al eventual), pero sí es preciso que el incumplidor sea consciente de que está incumpliendo y lo haga voluntariamente, con independencia de si desea positivamente causar el daño o simplemente acepta los daños que son consecuencia necesaria (o probable) de la acción. La fórmula utilizada en los tratados internacionales no exige la conciencia y voluntariedad de la antijuridicidad de la conducta, que puede no existir en supuestos de negligencia extrema (temeridad inconsciente de su carácter antijurídico, aunque no de la probabilidad de causar daños). Por ello, creo que el modelo de los tratados internacionales en materia de transporte (excepto el CMR) sigue un camino *sui generis*, no es asimilable ni a la exigencia de dolo directo o dolo eventual (como luego veremos que existe en el art. 62 de la Ley española 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, en lo sucesivo «LCTTM») ni tampoco al modelo de asimilación entre el dolo y la culpa grave, que es totalmente ajeno a estos instrumentos internacionales (que intencionadamente eluden el empleo de estas categorías¹⁵⁷).

Consideración aparte merece el CMR, estudiado con acierto por Martínez Sanz en relación con esta cuestión en particular,

nio de Transporte Multimodal Internacional hecho en Ginebra el 24 de mayo de 1980, que nunca llegó a entrar en vigor.

¹⁵⁴ SÁNCHEZ-GAMBORINO, cit., p. 462: «si alguien tiene conocimiento (consciencia) de la situación en que se encuentra y de que de su actuación probablemente derivará un daño, y a pesar de ello, comete el acto u omite actuar debiendo hacerlo, no cabe duda de que interviene su voluntad. Y la confluencia de tales dos factores –consciencia y voluntad– es lo que caracteriza al dolo». Cita a Gabaldón y Ruiz-Soroa.

¹⁵⁵ Véase MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera CMR*–, Comares, 2002, p. 535.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 463.

¹⁵⁷ Probablemente influye en esta decisión la dificultad de traducir literalmente «dolo», pues como explica con acierto Martínez Sanz, «wilful misconduct» no equivale a «dolo directo» (que sería más bien «fraud») sino más bien a cierto tipo de dolo eventual, en el que el deudor es conocedor de que está actuando de modo antijurídico y de que su conducta incrementa el riesgo de que se produzca el daño (sin que sea necesario que esta producción sea probable o necesaria). Vid. en MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Comares, 2002, pp. 518 ss.

quien concluye que su artículo 29 solo puede interpretarse como «testimonio de la impotencia o incapacidad para adoptar una solución mejor en este terreno», dadas las dificultades para armonizar los conceptos anglosajón de «wilful misconduct» y francés de «faute lourde». Dicho artículo dispone la no aplicación de las cláusulas limitativas de responsabilidad «si el daño ha sido causado por dolo o culpa que le sea imputable y que sea equiparada al dolo por la Ley de la Jurisdicción que conozca la reclamación». Se abre así una gran diversidad de interpretaciones, que la doctrina ha considerado con razón indeseable. Habría sido preferible optar por la solución habitual en los tratados internacionales en materia de transporte.

En España, ello conduce a la cuestión de si en nuestra jurisdicción la culpa (grave) es equiparada al dolo, cuestión que la doctrina mercantilista especializada en materia de transporte responde negativamente: tanto Martínez Sanz¹⁵⁸, como Arias Varona¹⁵⁹ como Sánchez-Gamborino¹⁶⁰. Sobre ello volveremos más adelante.

Queda, en segundo lugar, examinar la legislación española en materia de transporte, que sigue criterios totalmente diferentes a los anteriores.

En primer lugar, en relación con el transporte terrestre de mercancías, cabe citar el artículo 62 LCTTM. Este precepto dispone que «no se aplicarán las normas del presente capítulo que excluyan o limiten la responsabilidad del porteador o que inviertan la carga de la prueba, cuando el daño o perjuicio haya sido causado por él o por sus auxiliares, dependientes o independientes, con actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción».

Como se ha dicho más arriba, a mi juicio esta fórmula es diferente de la adoptada en los tratados internacionales en materia de transporte, que en su mayoría exigen o bien intención de provocar un daño o perjuicio, o bien temeridad¹⁶¹ y conciencia de que probablemente se causaría dicho daño o perjuicio. En el caso de la LCTTM, se exige además «infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido», lo cual en unión con la producción de

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 574 ss.

¹⁵⁹ ARIAS VARONA, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010), p. 291.

¹⁶⁰ SÁNCHEZ-GAMBORINO, F., *La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera*, ICG Marge, 2017, pp. 365 s.

¹⁶¹ Así, evidencia la falta del requisito de temeridad ARIAS VARONA, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010), p. 290.

daños dará lugar normalmente al dolo eventual, siempre que el transportista sea consciente de la producción necesaria de tales daños o perjuicios asociados a su conducta antijurídica, como será lo habitual. La expresión del artículo 62 LCTTM citado no captura correctamente este matiz, ni tampoco la posibilidad de que la producción de daños sea probable, aunque no necesaria como exige el precepto. Arias Varona, atendiendo al debate parlamentario del precepto, entiende, pese a todo, que el artículo 62 LCTTM pretende capturar el concepto jurisprudencial de dolo eventual¹⁶², y por tanto debe interpretarse (aunque el tenor literal del precepto no lo diga) que (i) el deudor debe ser consciente de la producción de daños (pues si no, no hay dolo eventual) y que (ii) aunque el precepto exija una causación necesaria, también entran dentro del mismo aquellos incumplimientos que dan lugar a una causación «suficiente» del daño. Con todo, la falta de total concordancia entre el artículo 62 LCTTM y la responsabilidad normal por dolo eventual es clara.

En cuanto al transporte marítimo, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, en su artículo 277.2 se remite a las Reglas de La Haya-Visby antes comentadas, por lo que no hay contradicción alguna en este punto. Pero hay que advertir que el segundo párrafo del primer apartado de este mismo artículo 277 dispone, en relación con el contrato de fletamento, y exclusivamente para las relaciones entre el porteador y el fletador, en las que no cabe excluir la responsabilidad por dolo ni por culpa grave¹⁶³. Nada dice de su limitación, aunque debe entenderse también incluida en la prohibición. Por lo demás, esta prohibición resulta criticable, pues no hay razón para tratar mejor al fletador que a los cargadores, a los que el porteador sí puede aplicarles la limitación de la responsabilidad por culpa grave, dentro de los límites de las reglas de La Haya-Visby.

Por último, en la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, se dispone la no aplicación de las limitaciones de responsabilidad si concurre dolo o culpa grave (art. 121)¹⁶⁴, pero no ha de

¹⁶² ARIAS VARONA, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010), p. 298.

¹⁶³ «No tendrán efecto las cláusulas contractuales que pretendan directa o indirectamente atenuar o anular aquella responsabilidad en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías. Sin embargo, tales cláusulas, cuando estén pactadas en la póliza de fletamento y no entrañen exoneración por dolo o culpa grave del porteador, tendrán valor exclusivamente en las relaciones entre este y el fletador, sin que puedan oponerse, en ningún caso, al destinatario que sea persona distinta del fletador».

¹⁶⁴ «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el transportista u operador responderán de sus propios actos y de los de sus empleados, y no podrán ampararse en los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, si se prueba que el daño es el

olvidarse que con arreglo al artículo 125 de la misma Ley ese precepto solo se aplica al transporte nacional, existiendo como existe una regla diferente de la que resulta del Protocolo de Montreal de 1999 (comentada más arriba) para el transporte internacional aplicable en casi todos los casos. Con todo, el artículo 121 de la Ley de Navegación Aérea establece para el transporte aéreo nacional un criterio disonante, que convendría armonizar con las reglas del transporte aéreo internacional.

D) OTROS SUPUESTOS DE EQUIPARACIÓN O NO EQUIPARACIÓN EN LEYES ESPECIALES

Otras normas en nuestro ordenamiento exigen «dolo o culpa grave»¹⁶⁵, pero esta doble mención solo es expresiva de que en tales supuestos el legislador ha querido la equiparación entre ambas figuras. En muchos otros casos el legislador se refiere al dolo sin que deba entenderse incluida la culpa grave, como hemos visto en la Ley del Contrato de Seguro y en la Ley de Navegación Marítima.

VII. LA JURISPRUDENCIA Y SUS EQUÍVOCOS

Dos son los posibles enfoques a la hora de estudiar la equiparación (o no) entre la culpa grave y el dolo en la jurisprudencia a efectos de la validez y aplicación de las cláusulas limitativas de responsabilidad contractual: en primer lugar, cabe preguntarse si –con arreglo a la jurisprudencia– tal equiparación existe o no con carácter general en nuestro ordenamiento; en segundo lugar, si la respuesta a la primera cuestión es negativa, cabe preguntarse si la equiparación jurisprudencial se produce al menos a los efectos ahora estudiados.

resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista dolo o culpa grave. En el caso de los empleados habrá de probarse, además, que éstos obraban en el ejercicio de sus funciones».

¹⁶⁵ A título de ejemplo, entre las leyes civiles y mercantiles, y sin ánimo de exhaustividad, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (responsabilidad de Jueces y Magistrados), arts. 442, 445 bis y 454 Ley Concursal, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (concurso culpable e incumplimiento culpable del convenio), artículo 12 Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, arts. 113.4, 277.1, 302, 413 ss. de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (responsabilidad del constructor y seguro marítimo), artículo 565.3.º Reglamento Hipotecario (sobre infracciones de los Registradores), artículo 121 Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, etc.

A título de ejemplo, una definición jurisprudencial de culpa grave es «la omisión de las precauciones más elementales previstas por todos»¹⁶⁶ (en la línea del «quod omnes intelligunt» mencionado anteriormente en la parte histórica).

A) NO EQUIPARACIÓN CON CARÁCTER GENERAL

A la primera pregunta es forzoso responder negativamente. Como decía Gregorio López en su glosa a la Partida 7.23.11, «ubi requiritur dolus ex proposito non sufficit culpa lata». Como se ha visto más arriba, en algunas leyes especiales, y tan solo en tres artículos del Código Civil, se equipara a ciertos efectos dolo y culpa grave; en el resto de los casos, la simple mención al dolo no ha de ser automáticamente extendida a la culpa grave, y la jurisprudencia no lo hace.

Buen ejemplo de ello es la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada en materia de seguros, y en particular en relación con el artículo 19 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, con arreglo al cual «el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado». El Tribunal Supremo interpreta esta referencia a la «mala fe» en términos de dolo civil (Sentencia de 22 de noviembre de 2022¹⁶⁷, ente otras muchas). Pues bien, es abundante y unánime la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta este precepto, y sin encontrar razones específicas propias del contrato de seguro y no extrapolables a otros casos, se pregunta por la regla general aplicable cuando el legislador se refiere al dolo y no al «dolo o culpa grave». La regla que el Tribunal Supremo establece es que «no puede aceptarse, en suma, la opinión doctrinal que asimila los supuestos de temeridad manifiesta a los supuestos de intencionalidad en la causación del accidente, habida cuenta de que el término intencionalidad, dolo o mala fe, empleado en diversas ocasiones por la LCS, no deja lugar a dudas acerca de que no comprende la negligencia, aunque sea manifiesta, especialmente si se tiene en cuenta que cuando la LCS quiere incluir junto a los de dolo los casos de culpa grave por parte de alguno de los intervinientes en el contrato de seguro lo hace constar expresamente así

¹⁶⁶ Así en la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 347/2022, de 2 de diciembre de 2022, JUR 2023/46772, FJ 3.º

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 22 de noviembre de 2022 (La Ley 276686/2022), citada más arriba, que –recordemos– declara que «la jurisprudencia de esta sala ha equiparado esta mención a la mala fe al dolo, en la acepción más amplia que incluye también el dolo civil, expresado como la intención maliciosa de causar un daño contrario a derecho, un daño antijurídico (sentencias 837/1994, de 1 de octubre; y 631/2005, de 20 de julio)».

(vg., arts. 10 II y III, 16 III, 48 II LCS)» (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008¹⁶⁸). En el mismo sentido cabe citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2023¹⁶⁹ y 22 de noviembre de 2022¹⁷⁰ antes citadas. En caso de que existiera una equiparación general en nuestro ordenamiento entre dolo y culpa grave, allí donde la ley aplicable pide dolo habría que entender también culpa grave, pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dado ese paso.

B) ¿EQUIPARACIÓN A EFECTOS DEL ARTÍCULO 1102 C.C.?

La respuesta a la segunda pregunta se refiere a si existen razones específicas en la cuestión resuelta por el artículo 1102 C.c. que obliguen a alcanzar una solución diferente. En caso contrario, la conclusión anterior se aplicaría al artículo 1102 C.c. con la misma razón que al artículo 19 LCS o a cualesquiera otras normas del ordenamiento que exijan dolo.

No existe una jurisprudencia del Tribunal Supremo que equipare la culpa grave al dolo a los efectos de la validez y aplicación de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual. El propio Jordano Fraga¹⁷¹ reconoce que la vieja Sentencia de 2 de julio de 1875 no tuvo continuidad tras la entrada en vigor del Código Civil.

Un número no pequeño de Sentencias del Tribunal Supremo en materia de transporte¹⁷² (en la que más se ha discutido esta cuestión), siguiendo las de 9 de marzo de 1962 (1230/1962)¹⁷³ y 27 de

¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil, 1029/2008, de 22 de diciembre de 2008, La Ley 276686/2008, RJ 2009/161. FJ 6.º

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2023, La Ley 63947/2023, antes citada, que en un caso en el que había dolo (en el robo de gasolina) y también culpa grave (en la manipulación de la gasolina robada, que causó un incendio) consideró que la primera conducta no estaba asegurada (*ex art. 19 LCS*) pero la segunda sí, al no equipararse la culpa grave al dolo.

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 22 de noviembre de 2022 (La Ley 276686/2022), que reproduce lo declarado en la anterior Sentencia 639/2006, de 9 de junio, ambas citadas con anterioridad.

¹⁷¹ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*. Civitas, 1987, p. 366, nota 65 *in fine*.

¹⁷² Por ejemplo, las Sentencias 382/2015, de 9 de julio, RJ 2015/3692, de 21 de abril de 2009 (RJ 2009/1769), 22 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8646), 22 de septiembre de 2005 (RJ 2005/8870), 21 de junio de 1980 (RJ/1980/2726), etc.

¹⁷³ El arrendatario de una nave industrial utilizó la techumbre de ésta como depósito de chatarra, provocando con ello daños graves consistentes en el hundimiento de la techumbre. El Tribunal Supremo declaró que el arrendatario «infringió consciente y deliberadamente una obligación genérica» nacida del artículo 1258 C.c. «de usar la cosa según se infiera de su naturaleza», deber que infringió con dolo civil («plena conciencia de que la techumbre no puede ni debe utilizarse como depósito de chatarra»).

abril de 1973 (1875/1973)¹⁷⁴, sin asimilar la culpa grave al dolo, afirman que el dolo eventual es dolo: «debiendo entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria de la acción» (STS 9 marzo de 1962, FJ 1.º *in fine*), o en otras palabras, «como infracción voluntaria y consciente de un deber jurídico» (STS 9 de marzo de 1962, FJ 2.º). Esto no constituye argumento alguno a favor (ni en contra) de la equiparación entre dolo y culpa grave, pues en estos casos habrá dolo, y no culpa grave.

Hay algunas sentencias de Audiencias Provinciales que, a mi juicio erróneamente, dan por supuesto que en el ordenamiento español se equipara la culpa grave al dolo a los efectos de las cláusulas de limitación de responsabilidad en materia de transporte interno, normalmente sin declararlo expresamente¹⁷⁵. No obstante, hemos de recordar que en esta materia de transporte interno la regla es la establecida en el artículo 62 LCTTM y que el Tribunal Supremo, en su Sentencia 382/2015, de 9 de julio de 2015 (Ar. 2015/3692, JF 5.º) ha declarado que ese precepto se refiere exclusivamente a los supuestos de dolo directo o dolo eventual, siendo por tanto inaplicable la supuesta equiparación con la culpa grave. Como relata Sánchez Gamborino¹⁷⁶, a esta Sentencia del Tribunal Supremo siguió otra el día siguiente (Sentencia 399/2015, de 10 de julio) relativa al transporte internacional (art. 29 CMR) que aplicó idéntica regla¹⁷⁷: la inaplicabilidad de las cláusulas de limitación de responsabilidad en transporte terrestre internacional solo procede en caso de dolo directo o dolo eventual, sin incluir por tanto la culpa grave. A estas dos sentencias del Tribunal Supremo han seguido otra del mismo Tribunal 455/2016 de 4 de julio de 2016¹⁷⁸ y muchas otras de Audiencias Provinciales¹⁷⁹, siempre en materia de transportes terrestres.

La conclusión es que, por lo que hace al Tribunal Supremo, allí donde no hay equiparación legal en un precepto legal aplicable por razón de la materia, no se afirma la equiparación entre dolo y culpa grave a estos efectos de la inaplicabilidad de las cláusulas de limi-

¹⁷⁴ Arrendatario que incumple de forma dolosa, a juicio del Tribunal Supremo, su obligación de conservar la cosa, dejándola en un estado lamentable.

¹⁷⁵ Véanse SAP Madrid de 15 de enero de 2008 (FJ 6.º), SAP Madrid de 9 de junio de 2005 (JUR 2005, 181508), SAP Asturias de 22 de enero de 2009 (JUR 2009, 239034), SAP Cáceres 10 de marzo de 2010 (JUR 2010, 154111). Véanse también la SAP Toledo de 25 de marzo de 1997 y la SAP Zaragoza de 4 de junio de 1997.

¹⁷⁶ SÁNCHEZ GAMBORINO, cit., p. 218.

¹⁷⁷ Distanciándose por tanto de la regla que siguió el mismo Tribunal Supremo, en una sentencia anterior de 9 de febrero de 1999, aplica el artículo 29 CMR en un supuesto que califica como de culpa grave.

¹⁷⁸ FJ 2.º, Ar. 2016/3167.

¹⁷⁹ Véase una enumeración en SÁNCHEZ GAMBORINO, cit., p. 218.

tación de responsabilidad en la legislación del transporte o en el artículo 1102 C.c.

Y, de hecho, la jurisprudencia menor¹⁸⁰ el Tribunal Supremo ha declarado expresamente que «la culpa, aun en su forma más grave de culpa lata, no puede ser equiparada, en cuanto a sus efectos, al dolo». De nuevo, en la Sentencia de 20 de diciembre de 1993¹⁸¹ afirma el Tribunal Supremo, en un supuesto en el que se alega por el recurrente la existencia de culpa grave y su supuesta equiparación doctrinal al dolo, que el motivo ha de desestimarse porque «ha de distinguirse la culpa del dolo en cuanto a los efectos del incumplimiento de las obligaciones, para excluir la reducción de responsabilidad en el supuesto de dolo y admitirla en el caso de culpa».

En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1984¹⁸², relativa a la responsabilidad de un contratista en un contrato de arrendamiento de obra, en el que el contrato decía que una vez transcurrido el plazo de garantía se excluye toda responsabilidad, excepto en caso de dolo, declaró que dicha cláusula estaba dentro del «ámbito de libertad o autonomía de las partes para regular, limitar o examinar las consecuencias de la responsabilidad contractual sobrevenida o consecuencia de su cumplimiento normal o defectuoso, máxime cuando ya se excluye la renuncia a la responsabilidad por dolo (art. 1102 del C.Civ.)». El Tribunal Supremo entendió que la cláusula estudiada, que exoneraba de toda responsabilidad por culpa, «no ha podido invalidarse como ilícita por no sobrepasar los límites de las leyes que se citan: Ley, moral, orden público, perjuicio de tercero, precepto prohibido o fraude de Ley».

Existen también tres Sentencias del Tribunal Supremo, de las cuales solo una es un precedente válido (otra cita en realidad la opinión de la Audiencia Provincial y la tercera es *obiter*) que declaran nulas o inaplicables cláusulas de completa exclusión de responsabilidad por culpa grave, cuestión que no es objeto de este trabajo¹⁸³ (la Sentencia citada en el párrafo anterior no tenía esta

¹⁸⁰ Véanse la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, 37/2005, de 16 de mayo (AC 2005/895), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 196/2006, de 9 de marzo (JUR 2006/154290), entre otras muchas.

¹⁸¹ RJ 1993/10100, FJ 4.º

¹⁸² RJ\1984\1969, FJ 3.º, 4.º y 5.º

¹⁸³ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 2 de julio de 1992 (RJ 1992/6502), en un supuesto de resolución de un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos y asistencia, que fue incumplido dolosamente, dice que es inaplicable la renuncia a resolver el contrato porque no hubo tal renuncia y, a mayor abundamiento, porque «la cláusula de exoneración de responsabilidad tiene como límite el dolo y la culpa

dificultad, pues dentro del plazo de garantía la responsabilidad era plena y por tanto la obligación era vinculante).

En cuanto a la jurisprudencia menor, hay algún caso¹⁸⁴ de equiparación de dolo y culpa grave a efectos de cláusulas de limitación de responsabilidad, pero la *ratio decidendi* es –de nuevo– que la nimiedad de la indemnización máxima pactada dejaba al mero arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la obligación en la que había concurrido culpa grave, de nuevo la misma cuestión ligada al artículo 1256 C.c. sobre la que volveremos más adelante. Hay también muchas otras sentencias que niegan la equiparación¹⁸⁵.

Con carácter expreso, en relación específicamente a la validez de las cláusulas que exoneran de la responsabilidad por culpa grave, se pronuncia en sentido favorable, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 22 de mayo de 1987¹⁸⁶, que declara en su FJ 4.º:

«Cuarto: Así concretados los términos del debate, la cuestión se reduce a reexaminar el posible alcance de la referida cláusula de exoneración de responsabilidad. Por de pronto debe señalarse, en cuanto a la validez de esta clase de cláusulas, que, aunque en el

grave». Se trata de una afirmación *obiter dictum*. Como se ha dicho, las cláusulas de exoneración de responsabilidad caen fuera del ámbito de este trabajo.

Lo mismo sucede con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990 (RJ 1990/4764), que en relación con la culpa en la ejecución de un contrato de remolque de buques (el buque remolcado se soltó y embarrancó) pone en boca de la Audiencia Provincial la afirmación de que la culpa grave equivale al dolo a los efectos de no aplicar una cláusula de exoneración de responsabilidad (no de limitación de la misma).

Otro tanto cabe decir de la Sentencia del Tribunal Supremo 278/2003, de 20 de marzo (RJ 2003/2794), que trata de una cláusula de completa exclusión de la responsabilidad (de Bureau Veritas, por «los errores, omisiones, faltas o negligencias que pudieran cometerse por el personal técnico, administrativo o sus agentes».

¹⁸⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 307/2014, de 30 de septiembre, JUR 2014/289127. Esta sentencia versa sobre el incumplimiento de un contrato de asesoramiento fiscal en régimen de iguala, en el que había un pacto de limitación de la responsabilidad por importe de una mensualidad (1.000 euros, que fue la condena que se impuso por el Juzgado de Primera Instancia). El asesor fiscal incurrió en culpa grave y causó un daño de 540.478,69 euros. La Audiencia dice que «las partes no podían válida y lícitamente pactar en el contrato la limitación de responsabilidad por un daño irrogado con culpa grave» (FJ 26.º). Por tanto, la solución parece basarse no en la equivalencia entre dolo y culpa grave sino en haber perdido la obligación su carácter vinculante dada la desproporción entre el daño y la cuantía a la que quedaba limitada la responsabilidad (es decir, en la práctica esta cláusula equivalía a la completa exoneración de responsabilidad por culpa grave); pero eso es una cuestión diferente, basada en el artículo 1256 C.c., que se examinará más adelante.

¹⁸⁵ Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial del Madrid 385/2004, de 11 de mayo (RJ 2004/1583), *obiter dictum*, afirma que «la responsabilidad procedente del dolo no puede excluirse por vía contractual (art. 1102 del Código civil). Distinto es el caso de la responsabilidad nacida de la culpa».

¹⁸⁶ La Ley 12260-JF/0000. Ponente Juan Alberto Belloch Julbe.

antiguo Derecho civil español se negaba la validez de esta exoneración cuando se trataba de la llamada culpa lata –y así se pronunció el TS en una vieja S 2 Jun. 1875–, la común opinión doctrinal que, desde luego, comparte esta Sala, entiende que, publicado el CC, como sus disposiciones no recogen ni el nombre ni el concepto antiguo de culpa lata, ni contienen prohibición de renunciar a la acción para exigir la responsabilidad proveniente de culpa en cualquiera de sus grados (silencio expresivo al lado de la declaración que respecto al dolo se hace en el art. 1102 CC), por más que la palabra «igualmente» puesta en el artículo 1103 CC pueda ser origen de alguna vacilación inicial, la conclusión debe ser que cabe la renuncia de esta acción siempre que la culpa, por extremada que sea, no deje de ser tal culpa y se convierta en dolo, que no es, ciertamente, el caso de autos (...)».

La doctrina mercantilista ha estudiado la abundante jurisprudencia menor en materia de transportes terrestres (véanse Martínez Sanz¹⁸⁷ y Sánchez-Gamborino¹⁸⁸, antes citados) y ha llegado a esta misma conclusión: aunque las sentencias son variadas, no puede encontrarse en ellas una general equiparación entre culpa grave y dolo en materia de pactos de limitación de responsabilidad contractual, sino que mayoritariamente la tesis es la contraria.

Y, en fin, hay alguna Sentencia en la jurisprudencia menor que habla de la equiparación a propósito del artículo 1103 C.c. (no hay moderación de la responsabilidad en caso de culpa grave, como es lógico)¹⁸⁹ o del artículo 1124 C.c. (la culpa grave equivale a la voluntad rebelde a efectos de la resolución por incumplimiento, lo que es igualmente lógico). Ninguna de ellas altera las conclusiones anteriores.

En conclusión, el panorama general de la jurisprudencia no es concluyente, pero desde luego no puede decirse que afirme la equivalencia entre dolo y culpa grave con carácter general y tampoco a los efectos del artículo 1102 C.c. Más bien lo contrario es cierto, aunque no de forma totalmente consistente.

¹⁸⁷ MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Comares, 2002, pp. 574 ss.

¹⁸⁸ SÁNCHEZ-GAMBORINO, F., *La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera*, Ed. ICG Marge, 2017, pp. 365 ss.

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 615/2012, de 23 de octubre, RJA 2013\1542, FJ 13 *in fine*.

VIII. LA NO EQUIPARACIÓN ENTRE CULPA GRAVE Y DOLO A LOS EFECTOS DE LA VALIDEZ Y APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

La cuestión puede suscitarse bien en el plano de la validez o nulidad de la cláusula que específicamente se refiera a la culpa grave, bien en el plano de la aplicación o no al caso de culpa grave de una cláusula que, redactada en términos generales y referida a cualquier supuesto de incumplimiento, resulta en sí misma válida.

A mi juicio, la cuestión que hay que resolver es doble: si el pacto de limitar la responsabilidad contractual en el supuesto de culpa grave es contrario al artículo 1102 C.c., y si dicho pacto es contrario al orden público.

Por ello, la equiparación no puede basarse en la dificultad de la prueba del dolo¹⁹⁰, como han sostenido algunos autores (siguiendo a los Mazeaud: «il ne faut pas que la malice prenne la masque facile de la sotisse»¹⁹¹). La mayor o menor dificultad probatoria no debe ser, en cualquier caso, el criterio definitivo para solucionar la cuestión que ahora se dilucida: si cabe o no aplicar las cláusulas de limitación de responsabilidad en el caso de culpa grave. Si las par-

¹⁹⁰ Tanto SALELLES (*Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*. Bolonia, 2007, p. 277 y p. 272) como MARTÍNEZ SANZ (*La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Comares 2002, p. 586) comparten esta tesis. Es expresiva la afirmación de Salelles (*op. cit.*, p. 277): «No resulta finalmente fácil acoger la relevancia que se pretende atribuir a las razones de orden práctico (...) porque las dificultades de prueba no pueden diluir la distinción claramente establecida en un plano formal».

La supuesta dificultad probatoria del dolo es un argumento esgrimido por Scialoja: vid. SCIALOJA, V., *Lezioni di diritto Romano*, 1934, p. 38, «no es siempre es fácil en la práctica distinguir el dolo de la culpa lata», y la dificultad probatoria del dolo podría determinar que «el derecho quedaría desarmado y el dolo permanecería por fuera de las consecuencias jurídicas, porque de frente a la negativa del demandad, bien difícilmente se lograría probar su existencia». Vid. comentario en NEME, Martha, «Culpa lata dolo aequiparatur», en *Sistema del ius romanum, Sistema jurídico romanista y Subsistema Jurídico Latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Universidad Externado, Bogotá, p. 4, nota 4.

Cossío reproduce la opinión de Scialoja (COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 8), y parece compartirla.

¹⁹¹ «La malicia no debe tomar la máscara fácil de la estupidez» (traducción propia). Cit. por LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, 2.ª ed., 1985, p. 234.

La cita de Mazeaud es de MAZEAUD, H. y L. y TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1960, vol. 3, pp. 371 y ss.

En el mismo sentido SCIALOJA (cit. por JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 363, nota 63: si no se admitiera la equiparación, «nella massima parti dei casi, il diritto sarebbe disarmato, e il dolo rimarrebbe esente dalle conseguenze giuridiche (proprie), poichè, di fronte alla negativa del convenuto, ben difficilmente si riuscirebbe a provarne l'esistenza» («en la mayor parte de los casos, el derecho quedaría desarmado, y el dolo privado de sus consecuencias jurídicas (propias), ya que, frente a la negativa del demandado, difícilmente se lograría probar su existencia », traducción propia.

tes han decidido utilizar un criterio de más difícil prueba (incluso en el caso de que lo fuera) porque consideran que les aporta una mayor seguridad jurídica y se corresponde mejor con el reparto de riesgos deseado por ellas, la mayor o menor dificultad probatoria no comportará que el pacto sea contrario al artículo 1102 C.c. o al orden público. Las partes son libres para hacer depender el contenido de sus obligaciones de hechos de difícil prueba.

Por otro lado, la dificultad probatoria es relativa. La razón es que el concepto mismo de «*culpa lata*» es, especialmente en el contexto de contratos entre empresas, mucho más difícil de distinguir de la culpa ordinaria que del dolo. La prueba de que la culpa es lata y no ordinaria es difícil porque no existe un concepto legal de culpa grave y por ello no es claro cuál debe ser el objeto de la prueba. No parece que, en el contexto de las relaciones entre empresas, en las que la culpa normalmente resulta de impericia asimilada a aquella («*imperitia culpa adnumeratur*»), pueda actualmente aplicarse el criterio de Ulpiano (seguido por las Partidas) para distinguir la *culpa lata* de la ordinaria. El criterio de «*non intelligere quod omnes intelligunt*» es manifiestamente incierto e inseguro en sede empresarial. En este sentido es mucho más moderna la definición de Bártolo, («*deviatio incircumspecta ab ea diligentia quam communiter habent homines qui sunt eiusdem professionis et conditionis*»), por cuanto adecua el nivel de diligencia al esperable en personas de la misma profesión y condición, pero una vez más el carácter «*incircumspecto*» o no de la negligencia (que será lo que diferencie la culpa ordinaria de la lata, pues la mera desviación de la diligencia esperable en personas de la misma profesión y condición no es *culpa lata* sino leve) será siempre muy discutible y difícil de probar. Menos fácil aún será la distinción entre la culpa ordinaria y la lata usando la definición de Pothier, que como se ha visto es «*ne pas apporter aux affaires d'altrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires*». Este canon de diligencia (el de las personas menos cuidadosas y más estúpidas) resulta poco adecuado al ámbito empresarial, y generaría sin duda no pocas controversias e incertidumbres, pues su distinción respecto de la culpa leve (la que comete el que no actúa con la diligencia del buen padre de familia) no se compadece muy bien con el carácter empresarial que tiene la prestación en todo caso. En el ámbito empresarial, hay que estar al canon de dili-

gencia pactado entre las partes; la violación de ese canon de diligencia sería la culpa leve o ordinaria. Parece entonces que la culpa grave ha de consistir en una desviación especialmente grosera, «incircumspecta» –por usar la expresión de Bártolo– respecto de ese canon de diligencia, desviación que –si usamos la fórmula de Pothier– incluso las empresas menos cuidadosas y más «estúpidas» no cometen. Todo ello sin llegar a producirse un consciente y voluntario incumplimiento en el que los daños aparezcan como consecuencia necesaria de la acción, aunque no sean intencionalmente perseguidos, pues en tal caso –concurriendo los restantes requisitos del dolo si éste es por omisión– estaremos ante un dolo eventual, tal y como reconoce el Tribunal Supremo¹⁹² y la doctrina a partir de Cossío en los términos expuestos más arriba. El dolo (incluyendo el dolo directo y el dolo eventual) es un criterio respecto del que es más fácil determinar qué es lo que debe ser probado.

Como recuerdan Martínez Sanz y Arias Varona, los supuestos de dificultad probatoria se deben solucionar no solo aplicando el criterio general sobre carga de la prueba del artículo 217.2 LEC¹⁹³ sino también haciendo uso de las reglas de facilidad y disponibilidad probatoria de cada parte, proximidad a la fuente de prueba y lealtad procesal¹⁹⁴, e incluso de la prueba por presunciones establecida en el artículo 386 LEC¹⁹⁵.

¹⁹² Vid. Jurisprudencia anteriormente citada según la cual deben «entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria de la acción». Véanse en especial la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1962 (RJ 1230/1962), con arreglo a la cual «basta infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor a sabiendas (...) debiendo entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria de la acción», o la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1973 (RJ 1875/1973) que dice que «cuando exista una voluntad deliberada rebelde al cumplimiento de una obligación de cuya omisión derivan los daños, aunque falta la intención directa del daño o perjuicio» se tratará de una situación asimilable al dolo (en realidad, es la definición misma del dolo eventual, por lo que no hay necesidad alguna de asimilar).

¹⁹³ «Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición».

¹⁹⁴ Vid. en este sentido tanto Martínez Sanz *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Comares, 2002, p. 593 a 599 y en especial 598, y Arias Varona, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010), p. 292.

¹⁹⁵ «386. Presunciones judiciales. 1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el

No obstante, como decíamos, la clave no está en la mayor o menor dificultad probatoria, sino en si el pacto (de limitar la responsabilidad por culpa grave) es contrario al artículo 1102 C.c. o al orden público (incluyendo en el mismo el principio que inspira el art. 1.256 C.c.)

Los antecedentes históricos y legislativos del artículo 1102 C.c. han sido estudiados más arriba, y de ellos cabe concluir que en el Derecho histórico no hay que fijarse tanto en los aforismos (método conceptualista por desgracia demasiado utilizado) como en la solución de problemas jurídicos a la vista de los intereses jurídicamente protegidos, en particular por lo que respecta a la licitud del pacto de exclusión o limitación de responsabilidad. Como se ha visto, tanto en Derecho romano clásico, como en las Partidas, como en la doctrina medieval y renacentista (al igual que la inmediatamente anterior al Código Civil, con excepción de una Sentencia del Tribunal Supremo de 1875) la exclusión de responsabilidad solo se consideraba nula o inaplicable en el supuesto de dolo, y se aceptaba la «remisibilidad» (exclusión completa) de la responsabilidad por *culpa lata*. Con mayor razón habrá de aceptarse en dichos antecedentes históricos y legislativos la mera limitación de dicha responsabilidad.

También la interpretación literal del artículo 1102 C.c. ha sido estudiada más arriba. La codificación estuvo presidida por la voluntad de prescindir, salvo excepciones contadas, de la tripartición de la culpa, y por tanto de la categoría de la culpa grave. Como explica Manresa, en los artículos 1.103 y 1.104 no es que haya tres grados de culpa, es que se acepta el principio de «graduabilidad de la diligencia», en virtud del cual la diligencia que debe exigirse es la que en cada caso «esté indicada, que lejos

admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior».

Sobre la prueba del incumplimiento contractual por presunciones, vid. mi anterior trabajo TORRE DE SILVA, J., *La presunzione di colpa nella responsabilità contrattuale*, Bolonia, 1992, 2023, pp. 197 a 249.

de ser siempre igual, tendrá la misma variedad de las relaciones y hechos en que surja», atendiendo a las circunstancias¹⁹⁶.

Como hemos visto, el artículo 1102 C.c. se interpretó desde un primer momento en el sentido de desechar, a estos efectos, el concepto de culpa grave, y ceñirse al dolo. Así, Manresa¹⁹⁷ sostuvo ya en 1918 que tras la aprobación del Código Civil cabía renunciar a la acción por culpa grave (mientras no se entrara en el terreno del dolo):

«En la jurisprudencia anterior al Código 198 se había declarado que, “equiparada al dolo la culpa lata, no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla”; pero como las nuevas disposiciones legales no expresan ni el nombre ni el concepto antiguo de la culpa lata, ni contiene prohibición de renunciar la acción para exigir la responsabilidad proveniente de culpa en cualquiera de sus grados (silencio expresivo al lado de la declaración que respecto al dolo se hace en el artículo 1102), por más que la palabra «igualmente», puesta en el 1.103, puede ser origen de dudas, creemos que cabrá la renuncia de esa acción, y será válida, siempre que la culpa, por extremada que sea, no deje de ser tal culpa y se convierta en dolo».

Cuando el Código Civil (o el legislador en materia de seguros o de acción de regreso en la responsabilidad patrimonial de la Administración, por ejemplo) ha querido equiparar la culpa grave al dolo, así lo ha hecho expresamente en varias ocasiones, como hemos visto. Tuvo la oportunidad de hacerlo en el artículo 1102 C.c., como hizo el Codice Civile italiano o la Ley Federal suiza, pero –al igual que el BGB y el derecho anglosajón– no lo hizo.

Lo cual también resulta de su interpretación conjunta con el artículo 1103 del mismo cuerpo legal, que se refiere a la culpa sin distinción alguna. La división entre el artículo 1102 C.c. y el artículo 1103 C.c. es clara: se refieren respectivamente a dolo y

¹⁹⁶ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, 3.ª ed., 1918, tomo VIII, p. 88.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 73, 74, 90 y 91.

¹⁹⁸ Cita la Sentencia de 2 de julio de 1875, que examina un supuesto en el que relativa a un supuesto en el que se pactó que el vendedor «no respondía de cualquier desgracia» y se abandonó en un carruaje sin vigilancia y sin tomar las más elementales precauciones una cartera que contenía 10.000 pesetas. La cartera fue robada, y el Tribunal Supremo (aplicando obviamente el Derecho anterior al Código Civil) entendió que la culpa lata «se presta en todos los contratos, y (...) equiparada como lo está al dolo, no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla, como contraria e incompatible con la índole y objeto de los contratos». Adviértase que el Tribunal Supremo anterior a la Codificación habla de la total exclusión de la responsabilidad por culpa lata, no de su limitación.

culpa, sin que exista la menor referencia a una modalidad de la responsabilidad por culpa que se rija en realidad por las reglas del dolo a los efectos del 1.102 C.c.

La doctrina reciente, no obstante, se muestra dividida.

La doctrina favorable a la admisibilidad de las cláusulas que limitan la responsabilidad en caso de culpa grave incluye a autores tan reconocidos como Manresa¹⁹⁹, Castán²⁰⁰, Díez-Picazo²⁰¹, Badosa Coll²⁰², implícitamente Albaladejo²⁰³, en parte García

¹⁹⁹ Como ya hemos visto: MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, 3.ª ed., 1918, tomo VIII, pp. 73, 74, 90 y 91.

²⁰⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil III*, 1977, p. 171. En edición más reciente, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 1986, vol. 3, p. 222. Sostiene Castán que sería válido el *pactum de culpa lata non prestando*. Se basa en la letra del artículo 1102 C.c. Y lo argumenta en similares términos a Manresa, al que cita.

²⁰¹ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. 6.ª ed., pp. 755 s. Este autor defiende incluso la exclusión convencional de la responsabilidad por culpa (sin distinguir según la gravedad de ésta), en los siguientes términos: «Recogiendo lo que puede estimarse una opinión común, entiende Castán que el silencio del Código, junto con la expresa declaración del artículo 1102 para el caso de dolo, son muy significativos y conducen a una admisibilidad de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad por culpa».

En cambio, en otra obra distinta, Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II-I, 11.ª ed., 2016, p. 208, sostiene que la completa exoneración de la responsabilidad por culpa grave sería contraria al artículo 1256 C.c.: «de ahí que las cláusulas que supongan renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa deban estimarse nulas por inmorales u opuestas al artículo 1256, pues el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad del obligado».

La aparente contradicción hay que superarla entendiendo admisibles las cláusulas limitativas de responsabilidad por culpa grave que no dejen el cumplimiento de la obligación a voluntad del obligado a la luz del artículo 1256 C.c. Sobre esto último se volverá más adelante.

²⁰² BADOSA COLL, F., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, arts. 1.102 y 1.103. En especial, en el comentario al artículo 1103 C.c. es muy explícito: «la pregunta sería entonces si se puede eliminar totalmente la responsabilidad por culpa mediante la renuncia anticipada a la acción; la respuesta la da precisamente el artículo 1102 fin, según el cual se puede eliminar la responsabilidad por culpa siempre que no se configure de tal modo que se entre en la impunidad del dolo. Este límite impone diferenciar entre impunidad de la culpa y supresión del deber de diligencia (por la vía del art. 1.104 II); aquella no equivale a ésta, porque suprimir totalmente el deber de diligencia equivale a que el deudor carezca de toda carga en orden al cumplimiento y, por tanto, a la legitimación del dolo; en conclusión la impunidad de la culpa debe hacerse manteniendo un mínimo deber de diligencia».

A mi juicio, no hay impunidad de la culpa si hay responsabilidad por incumplimiento, aunque ésta esté limitada, de modo que el argumento anterior conduce a la aceptación de las cláusulas de limitación de la responsabilidad por culpa, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre el carácter vinculante de la obligación.

En el mismo sentido, en su obra *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, pp. 718 y 720, BADOSA habla de una irreductible diferencia entre culpa y dolo en relación con la derogabilidad del régimen jurídico del dolo en cuanto a su indemnización. El artículo 1102, para Badosa, tiene por finalidad castigar la malicia, con base en el principio de Partidas de «no dar carrera a los omes de hacer el mal» (Partidas 5.11.29). La culpa grave no entraría en esta finalidad.

²⁰³ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Edisofer, 2008, pp. 174 s. Sostiene Albaladejo que sólo al incumplimiento doloso «es al que no se puede extender la exclusión de responsabilidad».

Amigo²⁰⁴, Salelles²⁰⁵, Carrasco²⁰⁶, en parte Martínez Sanz²⁰⁷, Arias Varona²⁰⁸ y otros²⁰⁹. Implícitamente, también defiende esta tesis Santos Briz²¹⁰.

Frente a esta afirmación, a mi juicio clara, no puede prevalecer lo que dice en la p. 206, nota 10, en la que a los efectos de la moderación de la indemnización por los Tribunales (art. 1.103 C.c.) habla de un supuesto de una culpa «tan grande que sea equiparable al dolo», para excluir en tal caso la facultad de moderación del Juez. Se trata de cuestiones distintas, y ambas afirmaciones son compatibles (la que hace sobre el art. 1.102 C.c. y la que se refiere al art. 1.103 C.c.)

²⁰⁴ GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965. García Amigo considera que no hay precepto alguno en el Código Civil (tampoco el 1.102 C.c.) que excluya la posibilidad de renunciar a la acción por culpa (*op. cit.*, pp. 142 y 144. Veremos que luego establece algunos límites por la vía indirecta del artículo 1255 C.c.

²⁰⁵ SALELLES, J. R. *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*. Bolonia, 2007, pp. 268 a 277.

²⁰⁶ CARRASCO PERERA, A., «Artículo 1102 C.c.», en ALBALADEJO, M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, vol. 1. EDESA, 1989, p. 472.

²⁰⁷ MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–* Granada, 2002, pp. 574 a 591. Martínez Sanz sostiene que «por lo que se refiere al Derecho español, no resulta fácil afirmar con rotundidad la existencia de un principio favorable a la equiparación entre el dolo y la culpa grave a los efectos perseguidos por el artículo 29 CRM (esto es, en cuanto norma que trata de sancionar al deudor). La doctrina científica no ofrece una solución definitiva, en tanto que tampoco la jurisprudencia recaída en materia de transporte ayuda en exceso, sin que pueda hablarse, hasta el momento, de una postura jurisprudencial dominante. Ello se debe, en buena medida, al confuso panorama que se obtiene del derecho positivo, en el que, junto a normas que parecen negar la asimilación, hablando tan sólo de dolo, se sitúan otras que sí la recogen».

En general parece que se inclina por la tesis de la no equiparación, distinguiendo entre exoneración (cuestión de la que no trata, al exceder de la problemática del art. 29 CRM) y la limitación de responsabilidad por *culpa lata*. Sostiene que, «en el ámbito de lo punitivo» (él considera que la no aplicación de las cláusulas limitativas de responsabilidad se encuentra en ese ámbito), «ha de construirse el concepto de dolo de un modo más estricto» (*ibidem*, p. 587).

Cree que el argumento de derecho histórico es contrario a la equiparación, por el «silencio elocuente» del Código Civil.

Cita al propio Morales, en principio favorable a la equiparación, cuando a propósito del artículo 1107 C.c. dice que la sanción consistente en hacer responder con mayor severidad al deudor no tiene por qué seguir las reglas de la plena exoneración de la responsabilidad (MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio...», p. 599 *in fine*).

²⁰⁸ ARIAS VARONA, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010). 283-302.

²⁰⁹ Por ejemplo, sostiene la no equiparación ASÚA GONZÁLEZ, C. I., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 8073 y 8079.

En el mismo sentido, SÁNCHEZ-GAMBORINO, F., *La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera*, Ed. ICG Marge, 2017, p. 248.

También sostiene la validez y aplicabilidad de estas cláusulas Dos Santos Martins, L., «Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 30/2012, BIB 2012/3249. En particular, para los contratos de tecnologías de la información entiende Dos Santos que «la dificultad en predecir las potenciales responsabilidades en caso de incumplimiento inhibiría la innovación y el desarrollo de la actividad económica». A su juicio, cabe limitación convencional de la responsabilidad por culpa grave.

²¹⁰ Este Magistrado del Tribunal Supremo defiende que «mediante estipulación expresa puede ser excluida de antemano, tanto si surge de riesgo como si surge de

En particular, Salelles pasa revista a los argumentos a favor y en contra de la equiparación, y sostiene la no equiparación con fundamento en el principio de unidad de culpa en el ordenamiento, en la interpretación literal y lógica del Código Civil, en la no existencia de una relación necesaria entre el grado de culpa y la contravención de los límites de la autonomía de la voluntad constituidos por la moral (la *culpa lata* es asegurable igual que la ordinaria), el orden público o la buena fe, y en el carácter no decisivo de las razones de orden práctico, por un doble motivo: «de un lado, porque las dificultades de prueba no pueden diluir la distinción claramente establecida en un plano formal», y porque «en relación con los límites convencionales de responsabilidad nada ha de impedir que pueda asegurarse la culpa, cualquiera que fuera su intensidad (art. 19 LCS)»²¹¹.

Por último, citando la jurisprudencia francesa alude a que «si es manifestación de orden público económico la existencia de conmutatividad en los intercambios, es evidente la relevancia que corresponde al equilibrio de las prestaciones como parámetro de valoración de la exclusión o limitación de responsabilidad estipuladas».

En esta misma línea, Carrasco considera que

«cabrá exclusión convencional de la culpa lata siempre que el aumento de riesgo que sufre el acreedor por consecuencia de la mayor irresponsabilidad del deudor haya podido ser vendidos al deudor, bien mediante un mayor rigor en su contraprestación, bien mediante una rebaja de la prestación del acreedor»²¹².

La doctrina contraria cuenta también con apoyos relevantes, entre los que cabe citar sobre todo los excelentes trabajos de Mora-

culpa o negligencia, con las limitaciones establecidas en los artículos 1.102, 1.103 y 1.104. Pero la renuncia a exigir responsabilidades será ilícita cuando contravenga la moral o las buenas costumbres, es decir, cuando caiga fuera de la libertad de contratación según los límites marcados 1.255, 1.256 y 1.258 del CC». SANTOS BRIZ, J. «Artículo 1102 del Código Civil», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2000, tomo 6, p. 105.

²¹¹ SALELLES, *op. cit.*, pp. 274 a 277.

²¹² CARRASCO PERERA, A., «Artículo 1102 C.c.», en ALBALADEJO, M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1. EDERSA, 1989, p. 472.

les Moreno²¹³ y Jordano Fraga²¹⁴, que desarrollan sus argumentos por extenso, pero también –de forma más concisa– a Lacruz y Delgado²¹⁵, en parte García-Amigo²¹⁶, Yzquierdo –con muchos e importantes matices²¹⁷–, de Verda²¹⁸ y otros²¹⁹.

²¹³ Vid. MORALES MORENO, A. M. y BLANCO MARTÍNEZ, E., *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022, y con anterioridad MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa». *Anuario de derecho civil*, vol. 35, núm. 3, 1982, pp. 591 ss.

Dice Morales que la culpa «se presta, igual que el dolo, en todas las obligaciones» y que de ello se infiere que «existen unos niveles mínimos de diligencia exigible, ciertas cotas de responsabilidad por la gravedad de la culpa, que no admiten posible exoneración. Esto refleja, correctamente entendido, el sentido del principio histórico que equipara dolo y culpa lata, en cuanto criterios mínimos de imputación de responsabilidad» («El dolo como criterio...», p. 609).

En la obra más reciente MORALES MORENO, A. M. y BLANCO MARTÍNEZ, E., *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022, p. 763, sostiene de nuevo la equiparación, de forma más concisa.

En general, Morales habla más de la culpa lata como criterio de imputación (es decir, de la imposibilidad de pacto de exoneración de responsabilidad por culpa lata) que de la agravación de la responsabilidad por culpa lata consistente en la no aplicación de las cláusulas de limitación de responsabilidad.

²¹⁴ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*. Civitas, 1987, p. 362 a 374.

²¹⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, II, DERECHO DE OBLIGACIONES*, 2.^a ed., 1985, p. 239. Esta parte en particular está redactada por Jesús Delgado Echeverría sobre la base de un texto anterior del propio Lacruz Berdejo. Se sostiene en esta obra que la prohibición de limitaciones a la cuantía de la indemnización «comprende también, según amplio consenso doctrinal, la culpa grave». Pero los argumentos que ofrece son solo dos: el de que la completa exoneración de la responsabilidad por culpa grave (que no es lo que ahora se examina) sería contrario al orden público y por tanto al artículo 1255 C.c. (argumento que no se aplica igualmente a las cláusulas limitativas de la responsabilidad, como luego se verá) y la dificultad de prueba (cita a Jordano Fraga, según el cual la voluntad del deudor es inescrutable), argumento éste último que ya ha sido analizado más arriba. El propio Lacruz cita como contrarias a su tesis las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril y 20 de octubre de 1984.

²¹⁶ GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965. García Amigo considera que el artículo 1255 C.c. establece límites de orden público a la exoneración de la responsabilidad por culpa grave (*op. cit.*, pp. 146-147).

²¹⁷ YZQUIERDO, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, p. 347. Con matices, por lo que luego se dirá: acepta la limitación e incluso exoneración de responsabilidad por culpa lata de los auxiliares: *op. cit.*, pp. 357 a 359, y rechaza que la equiparación tenga alcance general: *op. cit.*, p. 236.

²¹⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.. «Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español», *Revista de Derecho Patrimonial*, XV, 2005, pp. 25 ss. Véanse en especial las páginas 34 a 36 y 39 a 43.

En cuanto a las cláusulas de exclusión de responsabilidad por culpa lata, invoca De Verda el argumento de Jordano Fraga («en una sociedad basada en la economía de mercado existe un interés general a que las obligaciones contractuales sean cumplidas por las partes»), al que añade el de la dificultad probatoria y a la posible «total falta de responsabilidad del deudor» si se admitieran tales cláusulas. Respecto a la jurisprudencia que cita, véase más arriba la crítica de las Sentencias de 18 de junio de 1990 y de 2 de julio de 1992.

En cuanto a las cláusulas de limitación de responsabilidad por culpa lata, dice que son contrarias al «orden público económico» (*ibidem*, p. 39), y cita la legislación del transporte, más arriba comentada.

²¹⁹ No es del todo claro que pueda incluirse a Cossío en esta lista, pues este autor habla más bien de opiniones de terceros, referidas todas ellas al Derecho romano y no al

Morales Moreno, tras ofrecer numerosos testimonios históricos, sostiene que existe un «*criterio mínimo de imputación de responsabilidad*» que consiste en la culpa lata y el dolo. La culpa lata sería la omisión del mínimo de diligencia exigible en toda obligación, y ello tendría su reflejo en el Derecho positivo en la interpretación de la palabra «*igualmente*» en el artículo 1103 C.c. Sobre esta última cuestión se ha debatido ya en relación con la interpretación literal del precepto en el Código Civil, y sobre las restantes se tratará más adelante.

Por su parte, Jordano Fraga reconoce que la Sentencia del Tribunal Supremo de 1875 (anterior al Código Civil) no tuvo continuidad posterior, y que el Código Civil silencia este problema (habla del «silencio del Código»). Sostiene que la culpa grave es igualmente reprobable que el dolo desde el punto de vista de las normas del leal y honesto comportamiento en el tráfico (pero él mismo reconoce²²⁰ que esta explicación es «insuficiente por genérica»), y que la equiparación históricamente «tiene una marcada raíz práctica» en la dificultad probatoria del dolo. No obstante, Jordano Fraga, inspirado en el Derecho italiano que afirma el principio de *favor creditoris*²²¹, encuentra la verdadera razón de la equiparación en la tutela del derecho de crédito (en definitiva, en el propósito de política legislativa de lograr que las obliga-

español, aunque muestra cierta simpatía por las tesis de Scialoja sobre la dificultad probatoria del dolo (COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 8).

Entre los que aceptan claramente la equiparación cabe citar por ejemplo a TORRES GARCÍA, T., «La moderación de la responsabilidad procedente de negligencia. El artículo 1.103 del Código Civil», en MORALES MORENO, A. M. y BLANCO MARTÍNEZ, E., *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022, p. 1289.

También la tesis doctoral de Natalia Álvarez Lata (ÁLVAREZ LATA, N., *Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil*, 1998, pp. 154 a 159, que funda su opinión en un doble argumento: el carácter odioso que a su juicio tiene la culpa grave, similar al del dolo, y sobre todo la interpretación del artículo 1102 C.c. a la luz de la realidad social actual, que a su juicio prohíbe «la desatención del mínimo de diligencia exigible al buen ciudadano».

MONTES PENADÉS, V. L. lo considera «inmoral» y por tanto contrario al artículo 1255 C.c.: vid. en «La responsabilidad por incumplimiento», en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, 1994, p. 213.

Sánchez Arísti sostiene la equiparación con el solo fundamento de la cita de Lacruz y Albaladejo (a mi juicio, en relación con este último, erróneamente, vid. *supra*). Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario al artículo 1102 C.c.», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4.^a ed., 2013.

También sostiene la equiparación, citando a Morales y a De Verda, Redondo Trigo, F., «Daños consecuenciales, lucro cesante y limitación contractual de responsabilidad en accidente de aeronave en terminal aeroportuaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 784, p. 1345.

Por último, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de la responsabilidad civil general)», *RDM* 150, 1978, pp. 477 s.

²²⁰ JORDANO FRAGA, *ibidem*, p. 372.

²²¹ Cita Jordano Fraga a Galgano, que en efecto afirma este principio en el ordenamiento italiano.

ciones se cumplan), que considera de orden público y por tanto contenida en el artículo 1255 C.c. Sobre estas cuestiones volveremos a continuación.

Yzquierdo rechaza que la equiparación entre dolo y culpa grave tenga alcance general en nuestro ordenamiento civil²²², pero sí la acepta a efectos de excluir la validez o aplicación de las cláusulas que exoneran o limiten la responsabilidad por *culpa lata*. Invoca la dificultad probatoria (antes comentada) y el orden público del artículo 1255 C.c.²²³. No obstante, acepta la exoneración (y por tanto, *a fortiori*, también la limitación) de la responsabilidad por *culpa lata* (e incluso por dolo) de los auxiliares²²⁴, como más adelante se verá. Dado que en los contratos entre empresas la culpa lata casi siempre es en la práctica de los auxiliares, esta afirmación equivale en la inmensa mayoría de los casos a la aceptación de la limitación de la responsabilidad por *culpa lata*. La opinión de Yzquierdo hay que interpretarla a la luz de esta consideración.

Un tercer grupo de autores lo forman aquellos que tan solo se pronuncian sobre la inadmisibilidad de las cláusulas de completa exoneración de responsabilidad en caso de culpa grave, sin pronunciarse sobre las de limitación (por ejemplo, Gomá Salcedo²²⁵).

A mi juicio, además de la consideración inicialmente formulada sobre la falta de fundamento del argumento de la facilidad probatoria, y de lo ya observado sobre la letra del precepto, la interpretación del artículo 1102 C.c. conforme a «la realidad social del tiempo» en que esta norma ha de ser aplicada (art. 3 C.c.) también apunta a la licitud de las cláusulas limitativas de la responsabilidad del deudor incluso en caso de culpa grave, pues como hemos visto son cláusulas habituales en determinados contratos (por ejemplo, venta de sociedades por fondos de inversión que se liquidan a continuación) y constituyen un requisito necesario para el aseguramiento del riesgo de incumplimiento mediante seguros de manifestaciones y garantías, como anticipábamos al comienzo de este

²²² YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid, 2001, p. 236.

²²³ *Ibidem*, p. 347.

²²⁴ *Ibidem*, p. 359.

²²⁵ GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Bosch, tomo II, p. 146. Este autor sostiene que dolo y *culpa lata* son conceptos diferentes («conceptualmente no pueden identificarse. La culpa lata, como toda negligencia, consiste en la omisión de la diligencia exigible, mientras que el dolo se concibe como intención. Desde la perspectiva del Código, la culpa lata sigue siendo buena fe en el sentido del artículo 1.107. La asimilación al dolo debe limitarse a la prohibición de renuncia a la acción, igual que el dolo. El Tribunal Supremo ha declarado desde antiguo que no cabe exoneración por culpa lata» (sin duda se refiere a la Sentencia de 1875 que no tuvo continuidad tras el Código Civil).

trabajo, o el seguro de responsabilidad por culpa, incluyendo en su cobertura la *culpa lata* (expresamente admitido por la jurisprudencia y por la doctrina, como antes se ha expuesto, con la sola excepción de Jordano Fraga).

En cuanto al orden público y al artículo 1255 C.c., la cuestión podría enfocarse desde tres puntos de vista diferentes: (i) el carácter odioso del dolo (al que supuestamente se asimilaría la culpa grave), (ii) el alegado principio favor creditoris y (iii) la supuesta pérdida del carácter vinculante de la obligación en relación con el artículo 1256 C.c., cuestión de la que trataremos más abajo (nos remitimos a lo que entonces se dirá).

En cuanto a lo primero, es claro que el dolo es odioso, y que excluir la responsabilidad por dolo es contrario al orden público, lo que constituye una regla bien consolidada desde el Derecho Romano («*Illud non probabis, dolum non esse praestandum, si convenierit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est*»²²⁶, D. 16.3.1.7), pasando por Partidas 5.11.29 (estos pactos de exclusión de responsabilidad por dolo podrían «dar carrera, a los omes de fazer mal: e non deuen ser guardados») y terminando en el artículo 1102 C.c.

De lo que se trata es de determinar si el pacto de limitación (no exclusión) de responsabilidad por culpa grave es también odioso en todo caso y contrario al orden público, igual que en el caso del dolo.

A mi juicio, es cualquier cosa menos evidente que resulte odioso establecer una cláusula de limitación de responsabilidad que resulte aplicable a todos los casos de incumplimiento culposo, incluyendo los supuestos de culpa grave. La lógica económica detrás de la cláusula es clara (previsibilidad de los potenciales daños y perjuicios máximos en ausencia de dolo), en muchos casos la limitación de la responsabilidad por culpa lata lejos de ser odiosa se erige en condición exigida por el deudor para la firma del contrato²²⁷ y –como se ha visto– el efecto económico de dicha cláusula entre empresas (dejando al margen los contratos con consumidores, que como se ha dicho no son objeto de estudio en este trabajo por tener reglas diferentes) es reducir el precio del contrato, pues a menores riesgos asumidos, menor precio: si se responde ilimitada-

²²⁶ «Si se pactase que no se ha de prestar el dolo, no valdrá el pacto; porque es contra la buena fe, y contra las buenas costumbres; y por esto no se ha de observar».

²²⁷ En este sentido, ha sido ya mencionada la opinión de DOS SANTOS MARTINS, L., «Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 30/2012, BIB 2012/3249, p. 2, para quien «la dificultad en predecir las potenciales responsabilidades en caso de incumplimiento inhibiría la innovación y el desarrollo de la actividad económica».

mente en caso de culpa grave, el precio del contrato será mayor. El efecto perverso de incitar al incumplimiento voluntario («fazer mal») que las Partidas temían no se produce porque el incumplimiento es por definición no doloso. En algunos casos, la limitación de la responsabilidad por culpa grave resulta indispensable para algo tan legítimo y socialmente admitido como firmar un contrato de seguro de manifestaciones y garantías²²⁸, un seguro de responsabilidad civil por culpa (incluyendo la grave) o la venta de un activo de inversión por parte de un fondo de capital riesgo que debe liquidarse en su totalidad tras la operación. El propio Jordano Fraga²²⁹ decía que era indisociable la licitud del aseguramiento de la responsabilidad contractual por culpa grave de la licitud de la cláusula de limitación de responsabilidad por culpa grave: es así que la jurisprudencia (en su interpretación del artículo 19 LCS más arriba estudiada) y la doctrina²³⁰ acepta unánimemente –como se ha visto– el aseguramiento de la responsabilidad contractual por culpa grave, y por tanto por coherencia no debería considerarse contraria al orden público la limitación de esta responsabilidad. Además, en ausencia de una definición precisa de culpa grave es totalmente aconsejable con criterios de prudencia no asociar a ella una consecuencia tan drástica como la responsabilidad ilimitada: entre otras razones, porque ello produciría una exagerada litigiosidad (si basta con alegar el carácter grave de la culpa para evitar aplicar la cláusula de limitación de responsabilidad, los acreedores tendrán una marcada tendencia a encontrar culpa grave en la conducta del deudor). Por todo ello, a mi entender difícilmente puede considerarse odiosa y contraria al orden público la cláusula de limitación de responsabilidad para el caso de *culpa lata*.

Pero además concurre otro argumento: si fuera contrario al orden público limitar la responsabilidad por culpa grave, entonces

²²⁸ En este sentido, SALELLES (*op. cit.*, p. 277) afirma que «en relación con los límites convencionales de responsabilidad nada ha de impedir que pueda asegurarse la culpa, cualquiera que sea su intensidad (art. 19 LCS)».

²²⁹ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 336, nota 12, citado anteriormente: «la no asegurabilidad de la responsabilidad por culpa lata es una consecuencia necesaria de su equiparación con el dolo a los efectos de la no derogabilidad o limitación de la responsabilidad de ellos derivada».

²³⁰ En este sentido, vid. por todos OLIVENCIA RUIZ, «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, pp. 899 a 901. También SALELLES, J. R., *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*. Bolonia, 2007, p. 277. Véanse también las citas de Carrasco y Sánchez-Calero más arriba, en el estudio del artículo 19 LCS.

En contra, JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 335, nota 12, para quien «no es la cuestión del seguro la que condiciona el límite de la responsabilidad, sino viceversa». A mi juicio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que unánimemente acepta la asegurabilidad de la responsabilidad por culpa lata, esto es un argumento *a sensu contrario* a favor de la no equiparación entre dolo y *culpa lata* en las cláusulas de limitación de responsabilidad.

también debería ser contrario al orden público pactar un canon de diligencia demasiado laxo, y es evidente que no lo es. Las partes son libres para pactar el canon de diligencia que deseen²³¹, siempre que la obligación no pierda por completo su fuerza vinculante (sobre eso volveremos más adelante). Al no haber un canon mínimo de diligencia en las relaciones empresariales que sea de orden público, y al no estar definida la culpa grave sino por referencia a ese canon de diligencia que las partes libremente pueden establecer²³², a las partes les bastaría con pactar el canon más laxo para convertir en culpa leve u ordinaria lo que de otro modo sería culpa grave o lata. Pues la *culpa lata* no es el mero incumplimiento del canon de diligencia pactado, sino una «*deviatio incircumspecta*» (como decía Bártolo) de dicho canon. Habiendo libertad para fijar el canon de diligencia pactado, ha de haberlo también para establecer los efectos de la *culpa lata* por referencia a ese canon.

En definitiva, una prestación empresarial que con arreglo a un contrato cumpliría con el canon de diligencia pactado, con arreglo a otro podría constituir un caso de *culpa lata*. Un margen de error o un tiempo de respuesta que sería inaceptable (y constituiría *culpa lata*) en un contrato de ingeniería espacial podría no constituir ni tan siquiera incumplimiento en un contrato de mantenimiento de una vivienda. Siendo el concepto de culpa (y por tanto también el de *culpa lata*) relativo, como lo es el de diligencia pactada por referencia al cual se define, y estando su determinación dentro del poder de disposición de las partes, no puede considerarse contrario al orden público un pacto asociado al carácter grave, y no ordinario, de la culpa en un contrato en particular.

En último término, como insinúa Salelles²³³ y afirma Carrasco²³⁴, se trata de una cuestión de precio (a cambio de un diferente reparto de riesgos del contrato)²³⁵ y no por tanto de orden público desde esta perspectiva. El canon de diligencia pactado tiene muchas veces estrecha correlación con la causa del negocio jurídico: como decía la vieja doctrina de la «*utilitas contrahentium*» que Pothier

²³¹ Así, García Goyena, que, como hemos visto, en el Comentario al artículo 1105 del Proyecto hace suya la afirmación del Discurso 59 Frances donde se dice que lo relevante es «si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención, al obligarse, cuáles son las circunstancias».

²³² Véase la cita anterior de Manresa, *op. cit.*, p. 88.

²³³ Al hablar de la exigencia de conmutatividad de las prestaciones, SALELLES, *op. cit.*, p. 285.

²³⁴ CARRASCO PERERA, A., «Artículo 1102 C.c.», en ALBALADEJO, M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1. Edersa, 1989, pp. 472 y 473.

²³⁵ Sobre el contrato como asunción remunerada de riesgos, véase PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991, pp. 1019 a 1091, en especial p. 1028.

hizo suya, en un negocio gratuito, celebrado en exclusivo interés del acreedor, el grado de diligencia exigible no ha de ser necesariamente el mismo que en un negocio celebrado en exclusivo interés del deudor y en el que dicho deudor se presenta como experto y percibe un precio considerable. Habiéndose ya superado la tripartición de culpas, y aceptándose que el canon de diligencia dependerá de lo que pacten las partes en cada caso, sigue siendo posible argumentar que esta cuestión no es de orden público, sino que entra dentro del poder de disposición de las partes. Si es cuestión de precio –y lo es–, entonces no es de orden público.

En un caso análogo, resulta posible en un contrato de compraventa excluir toda responsabilidad por evicción²³⁶, con o sin culpa grave, y con el consiguiente impacto en el precio.

Puede, sin embargo, resultar odioso y contrario al orden público un pacto de limitación de responsabilidad para el caso de culpa grave (pero también para el caso de culpa ordinaria) por razones diferentes de las aquí consideradas: por ejemplo, por tratarse de «obligaciones que atienen a la salvaguardia de la integridad física o moral del acreedor o a cualquier otro derecho fundamental suyo», como acertadamente dice Jordano Fraga²³⁷ y afirma también Yzquierdo²³⁸. O, en el mismo sentido, en aquellos casos en los que la obligación de indemnizar nace al margen del contrato, y no puede ser contractualmente limitada, como por ejemplo la obligación del responsable o encargado del tratamiento de indemnizar el daño sufrido por el interesado a consecuencia de un mal uso de sus datos de carácter personal²³⁹, o la obligación legal del auditor de indemnizar a la sociedad auditada por el incumplimiento de las obligaciones de aquél²⁴⁰. Pero estas cuestiones son ajenas al objeto de este trabajo.

Una segunda aproximación, también desde el punto de vista del orden público, considera contrarias al orden público las cláusulas limitativas de la responsabilidad, con independencia de su

²³⁶ Vid. BLANQUER UBEROS, R., «Notas sobre un caso de supresión o exoneración de obligaciones legales de un contratante», en *ADC*, 1983, pp. 1169-1180.

²³⁷ JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, p. 570.

²³⁸ YZQUIERDO, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid, 2001, p. 348.

²³⁹ Sobre esta materia, véase SALAMI, EMMANUEL, «Examining the Legality of Limitation of Liability Clauses under the GDPR» (August 30, 2018). *Computer and Telecommunications Law Review (CTLR)*, Volumen 24, Publicación 8, página 175-180, 2018, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3614362> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3614362>.

²⁴⁰ Véase el artículo 11.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de Auditoría de Cuentas, aprobado por Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, que dispone que en el contrato de auditoría no podrán pactarse las cláusulas «que tuvieran por objeto limitar la responsabilidad del auditor por los daños o perjuicios que el incumplimiento de sus obligaciones pudiera causar».

efecto sobre la economía general del negocio: así, Jordano Fraga, que identifica este orden público con la «exigencia de la tutela del crédito», «el interés del ordenamiento» en «la seguridad y certeza del tráfico», y en la necesidad de procurar que «el porcentaje de cumplimientos se eleve y con él «el intercambio y la producción, la riqueza social en definitiva»²⁴¹. Jordano Fraga se inspira sin duda en el ordenamiento italiano, presidido por el principio de *favor creditoris*²⁴² y en el cual se establece expresamente –como se ha visto– la nulidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por culpa grave en el artículo 1229.1 del Codice Civile. En España, a mi entender esta cuestión no puede solucionarse ni con el viejo principio de *favor debitoris* ni con el principio de *favor creditoris* (que, en nuestro ordenamiento, tan solo inspira la legislación en materia de lucha contra la morosidad). Pese a su brillantez, no resulta convincente el argumento de Jordano Fraga en el ordenamiento español, ni se explica por qué el interés de la colectividad a la seguridad y certeza del tráfico quedan mejor servidos eliminando las limitaciones a la responsabilidad contractual por culpa grave que aceptándolas y convirtiéndolas en asegurables (pues –como el propio Jordano Fraga reconoce– el corolario de su tesis es que la responsabilidad por culpa grave sería inasegurable).

Jordano Fraga se inspira en parte en García Amigo, que –sin adentrarse en cuestiones relativas a la tutela del crédito– había afirmado anteriormente que «tanto el dolo como la culpa grave, en cuanto causas de atribución de la responsabilidad, constituyen materias de orden público contractual»²⁴³ bajo la óptica del artículo 1255 C.c. Pero el concepto de orden público en el artículo 1255 C.c. no puede depender de razones tan inciertas, no compartidas como se ha visto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El otro posible punto de vista relativo al orden público, que sería una tercera aproximación, hace referencia al carácter vinculante de la obligación desde el punto de vista del artículo 1256 C.c., cuando no se trata ya de cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual (que es el tema al que se ciñe este trabajo), sino de cláusulas de exoneración completa de la responsabilidad por culpa grave.

²⁴¹ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*. Civitas, 1987, p. 374.

²⁴² Vid. GALGANO, F., *Diritto Civile e Commerciale*, 1990. vol. 2, tomo 1, p. 50 y concordantes.

²⁴³ GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, p. 147.

Parte de la doctrina²⁴⁴ considera que una completa exoneración de la responsabilidad por culpa grave vulneraría el artículo 1.256 C.c., al dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno solo de los contratantes. Tres Sentencias del Tribunal Supremo, de las cuales solo una es relevante, relativas a pactos que exoneran totalmente la responsabilidad por culpa grave podrían respaldar esta tesis²⁴⁵.

Otra parte, en cambio, con apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo 406/2016, de 15 de junio²⁴⁶, ponente Pantaleón, considera que el artículo 1256 C.c. solo se aplica «salvo que otra cosa se

²⁴⁴ Cabría encontrar un fundamento para esta opinión en Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II-I, 11.ª ed., 2016, p. 208: «de ahí que las cláusulas que supongan renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa deban estimarse nulas por inmorales u opuestas al artículo 1256, pues el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad del obligado», como hemos comentado anteriormente.

En el mismo sentido cabría citar a Ferrán BADOSA COLL, que entiende en este sentido el artículo 1102 C.c.: «solo puede hablarse de deuda si hay una persona vinculada al cumplimiento y solo puede hablarse de vinculación jurídica si la actividad de que se trata no se halla a su arbitrio o discreción» (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 719). De ahí la relación entre el artículo 1102 C.c. y otros artículos como el 1.115 C.c. o el 1.256 C.c.: el deudor no ha de ser libre de cumplir o no cumplir su obligación, y por ello el incumplimiento doloso ha de dar lugar a una plena indemnización, ya que –con palabras de Badosa– «el deudor lo es no porque “deba” cumplir sino porque es el “responsable” en caso de infracción obligacional» (Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, vol. II, art. 1.102, p. 38.).

Y, por último, cabe citar también a Santos Briz, que en principio acepta el pacto de exclusión de responsabilidad por culpa, pero –sin aludir expresamente a la culpa grave– menciona como límite el artículo 1256 C.c.: «la renuncia a exigir responsabilidades será ilícita cuando contravenga la moral o las buenas costumbres, es decir, cuando caiga fuera de la libertad de contratación según los límites marcados 1.255, 1.256 y 1.258 del CC». SANTOS BRIZ, J. «Artículo 1102 del Código Civil», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2000, tomo 6, p. 105.

²⁴⁵ Se reproduce aquí la cita de las tres sentencias, mencionadas en una nota al pie anterior (en el capítulo relativo al análisis de la jurisprudencia). Ninguna de ellas cita en realidad el artículo 1256 C.c. Las dos primeras son del mismo ponente, Eduardo Fernández-Cid de Temes.

La primera es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 2 de julio de 1992 (RJ 1992/6502), en un supuesto de resolución de un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos y asistencia, que fue incumplido dolosamente, dice que es inaplicable la renuncia a resolver el contrato porque no hubo tal renuncia y, a mayor abundamiento, porque «la cláusula de exoneración de responsabilidad tiene como límite el dolo y la culpa grave». Se trata de una afirmación *obiter dictum*. Como se ha dicho, las cláusulas de exoneración de responsabilidad caen fuera del ámbito de este trabajo.

La segunda es la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990 (RJ 1990/4764), que en relación con la culpa en la ejecución de un contrato de remolque de buques (el buque remolcado se soltó y embarrancó) pone en boca de la Audiencia Provincial la afirmación de que la culpa grave equivale al dolo a los efectos de no aplicar una cláusula de exoneración de responsabilidad (no de limitación de la misma). Esta afirmación no es de la Sala, sino de la Audiencia Provincial.

Y la tercera es la Sentencia del Tribunal Supremo 278/2003, de 20 de marzo (RJ 2003/2794), que trata de una cláusula de completa exclusión de la responsabilidad de Bureau Veritas, por «los errores, omisiones, faltas o negligencias que pudieran cometerse por el personal técnico, administrativo o sus agentes». Sobre ella se volverá más adelante, en sede de responsabilidad por actos de empleados o auxiliares.

En resumen, una está citando lo que dice la Audiencia Provincial, en otra la afirmación es *obiter dictum* y solo la tercera es relevante.

²⁴⁶ RJ 2016/3877, FJ 3.º

haya pactado válidamente (...) en el contrato mismo de que se trate» (como demuestra, en la Sentencia comentada, la licitud del pacto de desistimiento unilateral).

A mi juicio se trata de una cuestión más amplia, que se refiere a un problema diferente del que constituye objeto de este estudio y merecería un análisis posterior centrado en las cláusulas de exoneración completa de responsabilidad por culpa grave (supuesto, como se ha dicho al inicio de estas páginas, muy infrecuente en la práctica).

Cabe sin embargo adelantar que –al margen de la interpretación que prevalezca del artículo 1256 C.c.– incluso la completa exclusión de la responsabilidad contractual no significa necesariamente que el cumplimiento de la obligación quede a la entera voluntad de una de las partes: cabe exigir el cumplimiento en forma específica, y pueden pactarse multitud de otros mecanismos contractuales para incentivar o forzar al deudor a cumplir: como por ejemplo la resolución anticipada del contrato sin derecho a indemnización, la reducción de su plazo, la pérdida del derecho a la revisión de precios, la reducción del precio por no cumplir determinados objetivos o la aplicación de medidas adicionales de control. Una obligación no deja de ser vinculante porque se pacte que no se indemnizarán daños y perjuicios por encima de cierto importe, ni tampoco por excluir el lucro cesante, ni por considerar no indemnizables los daños y perjuicios que se reclamen pasado un plazo de prescripción convencional o al margen de determinado procedimiento acordado, o por excluir los daños posteriores al periodo de garantía (durante el cual la responsabilidad sería plena: es el supuesto examinado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1984 antes citada)²⁴⁷.

Por último, es oportuna una referencia a la necesaria crítica del activismo judicial. A mi juicio, en contratos entre empresas negociados individualmente no es al Juez a quien corresponde determinar si la cuantía pactada por las partes en relación con una cláusula limitativa de responsabilidad es suficiente o no, y corregir o inaplicar lo acordado entre las partes cuando a su juicio resulte demasiado exigua, por la misma razón por la que la revisión del precio de los contratos (sustituyéndolo por otro establecido por el Juez) al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus* ha de ser excepcional en nuestro ordenamiento.

Por este motivo, me parece criticable lo expuesto en la aislada Sentencia 649/2016, de 3 de noviembre²⁴⁸, ponente Orduña

²⁴⁷ RJ\1984\1969, FJ 3.º, 4.º y 5.º

²⁴⁸ RJ 2016/5203, FJ 3.º, apartado 4.

Moreno, que sin tan siquiera hablar en momento alguno de culpa grave o lata considera que la Sala puede declarar inaplicable un límite del 8% del precio a la responsabilidad por incumplimiento en un contrato de mantenimiento por considerar dicho límite contrario no solo «al propósito negocial de las partes, interpretado sistemáticamente en la relación negocial llevada a cabo» (hasta aquí de acuerdo, si los hechos probados soportan esta interpretación en el caso de autos), «sino también a los elementales fundamentos de justicia conmutativa y de equilibrio contractual que caben establecer de las características y naturaleza del contrato celebrado». Este segundo inciso resulta desafortunado, y no ha sido reiterado en Sentencias posteriores.

La adecuación de la cuantía de la indemnización por incumplimiento pactada a criterios de equidad basados en la «justicia conmutativa y de equilibrio contractual» no procede. La cuantía pactada por las partes depende de circunstancias que solo las partes están en circunstancias de valorar al amparo de su autonomía: el precio acordado (acaso más reducido por este motivo), el margen del negocio del deudor (que, si es pequeño, puede hacer eficaz una indemnización por limitada que ésta sea), la utilidad ya obtenida por el acreedor de prestaciones anteriores conforme al contrato, la existencia de mecanismos alternativos de tutela del crédito (como los citados más arriba) y los restantes pactos y circunstancias del contrato.

Los «elementales fundamentos de justicia conmutativa y de equilibrio contractual» no deben permitir al Juez, ni revisar el precio del contrato (salvo extraordinaria aplicación de la cláusula *rebus*), ni tampoco revisar los pactos de limitación de responsabilidad porque al Juez —que desconoce todo al respecto, incluso si el precio de los servicios pactados fue alto o bajo— parezcan demasiado reducidos.

La Sentencia anterior —reitero— no afirma la existencia de culpa grave ni se funda en el aforismo «*culpa lata dolo aequiparatur*». No obstante, ilustra bien los riesgos de sustituir la autonomía de la voluntad de las partes en esta materia por el imprevisible arbitrio judicial.

La seguridad y la certeza del tráfico quedan mejor servidos permitiendo a las partes pactar la distribución de riesgos que consideren más adecuada a sus intereses a la luz del precio del contrato, y evitando imponer en todo caso una responsabilidad ilimitada que actúa en realidad como freno al intercambio y a la producción, y dificulta o imposibilita el aseguramiento del riesgo.

IX. EN ESPECIAL, LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR CULPA GRAVE DE LOS DEPENDIENTES O DE AUXILIARES (INDEPENDIENTES) EN EL CUMPLIMIENTO

Habiéndose alcanzado más arriba la conclusión de que cabe válidamente limitar la responsabilidad por culpa grave del propio deudor, procede con mayor razón afirmar igualmente la validez de la limitación cuando la culpa grave es de los dependientes del deudor o de auxiliares (independientes) en el cumplimiento.

No se trata aquí de los actos de los administradores, factores notorios (art. 286 del Código de Comercio) o apoderados del deudor persona jurídica, que se imputan directamente a este (tales actos son del propio deudor, no de terceros), sino de los actos de otras personas, distintas del propio deudor, que están situadas dentro de la esfera de control de éste, y cuyo riesgo se atribuye legal o contractualmente al citado deudor.

Como se ha visto, incluso algunos autores (señaladamente, Yzquierdo²⁴⁹) que rechazan la posibilidad de limitar la responsabilidad por culpa grave con carácter general, la aceptan cuando se trata de culpa de dependientes del deudor o de auxiliares (independientes) en el cumplimiento, siempre que no se trate de bienes o derechos indisponibles (como la salud o la integridad física de los pacientes).

Yzquierdo cita el argumento de Jiménez Horwitz²⁵⁰ según el cual «el dolo del deudor no es disponible porque no es un riesgo (en cuanto infracción voluntaria y consciente del deudor); por el contrario, el dolo del auxiliar sí es un riesgo sobre el que podrá disponerse, bien exonerando al deudor de responsabilidad bien limitando el quantum indemnizatorio».

En definitiva, el argumento de que la limitación de la responsabilidad por dolo del deudor es contrario al orden público porque el incumplimiento voluntario del deudor reviste un carácter odioso que merece un especial reproche (como se dice en Partidas 5.11.29, podrían «dar carrera, a los omes de fazer mal») no se aplica a la culpa grave de los dependientes o auxiliares (independientes) en el cumplimiento, por mucho que dicha culpa grave constituya un riesgo que se impute al deudor. Es muy posible que un deudor dili-

²⁴⁹ YZQUIERDO, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid, 2001, pp. 357 a 359.

²⁵⁰ JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996, p. 250.

gente (incluso sin culpa *in eligendo* o *in vigilando*) tenga colaboradores que hayan sido gravemente negligentes.

No sería contrario al orden público a mi juicio limitar la responsabilidad que nazca de la colaboración con determinado auxiliar independiente en el cumplimiento o del uso de los servicios de empleados²⁵¹: por ejemplo, el acreedor puede imponer válidamente al deudor el uso de un subcontratista de su confianza, o la participación de uno o varios empleados en la ejecución del contrato, y no sería razonable impedir al deudor limitar su responsabilidad por el riesgo asumido. Si no es contrario al orden público decidir –e incluso acordar– colaborar o no colaborar con un subcontratista o con empleados, y no lo es, tampoco debería serlo pactar con el acreedor la responsabilidad que de esta colaboración resulte. Quien puede lo más, puede también lo menos: si el acreedor y el deudor pueden válidamente pactar sobre esta colaboración, o excluirla, pueden hacerlo también sobre sus consecuencias.

X. LA CUESTIÓN EN LOS NUEVOS PROYECTOS DE DERECHO CIVIL

La equiparación entre la culpa grave y el dolo está ausente en muchos de los nuevos proyectos de Derecho civil, aunque no en todos.

Se han mencionado más arriba, a propósito del Derecho comparado, los tres proyectos en su día elaborados en Francia: Catalá (2004), Terré (2006) y Chancellerie (2008). Nos remitimos a lo expuesto anteriormente, para evitar reiteraciones innecesarias. Recordemos que en ninguno de ellos se excluía la validez o aplicación de las cláusulas limitativas de la responsabilidad en caso de culpa grave (con la sola excepción del equivalente al art. 1107 C.c. español en los Proyectos Catalá y Terré, cuestión distinta de la ahora estudiada). En todos ellos se pone el acento en la causa del contrato y en el carácter esencial o no de la obligación respecto de

²⁵¹ Contra, en parte la Sentencia del Tribunal Supremo 278/2003, de 20 de marzo (RJ 2003/2794), que trata de una cláusula de completa exclusión de la responsabilidad (de Bureau Veritas), por «los errores, omisiones, faltas o negligencias que pudieran cometerse por el personal técnico, administrativo o sus agentes». Esta Sentencia aislada se refiere a la completa exclusión de la responsabilidad, no a su limitación.

La misma Sentencia da a entender que habría considerado la posibilidad de moderar la indemnización si ello resultara posible en casación (*quod non*): «sin que haya que plantearse el tema de su moderación, porque tal facultad de la instancia no es revisable en casación».

cuyo incumplimiento se pacta la limitación de responsabilidad, sin consideración alguna a la culpa sea cual fuere su gravedad.

Con posterioridad, como se ha expuesto más arriba, se produjo la reforma del Código Civil francés mediante Ordenanza núm. 2016-131, de 10 de febrero de 2016, y su posterior Ley de ratificación de 2018, que centra la discusión del problema ahora considerado no en la culpa (grave o no) sino en el principio según el cual «toda cláusula que prive de su sustancia a la obligación esencial del deudor se reputará no escrita» (art. 1170 C.c.), en la línea de la jurisprudencia Chronopost y Faurencia II, como se ha expuesto anteriormente.

En Derecho español, el principal proyecto es la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, obra de la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil), cuya primera versión fue publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia en enero de 2009. Este proyecto prescinde de forma casi completa del concepto de culpa, que solo menciona en una ocasión, en relación con la sustitución del representante (art. 1279 C.c.) En particular, su artículo 1193 C.c. descarta la equiparación entre culpa grave y dolo en los pactos de limitación de la responsabilidad contractual en los siguientes términos:

«Artículo 1193. Modificación convencional de la responsabilidad.

1. Las partes, de acuerdo con la buena fe, podrán ampliar, reducir o suprimir la obligación de indemnizar daños.
2. Son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad en caso de incumplimiento voluntario».

Al hablar de incumplimiento voluntario como único supuesto excluido, con el límite en todo caso de la buena fe, claramente está abandonando cualquier referencia a la culpa, sea ésta lata o no. La omisión de la culpa grave en el artículo 1102 C.c. ha dado lugar a suficientes controversias como para entender que esta omisión es inocua o debida a inatención del redactor.

Una segunda versión de la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, también obra de la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil), ha sido publicada en agosto de 2023²⁵². Esta segunda versión mantiene la redacción propuesta para el nuevo artículo 1193 C.c.

²⁵² Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf> y comentario en <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2023/08/Propuesta-de-modificacion-del-Codigo-Civil-en-materia-de-obligaciones-y-contratos.pdf>

En el ámbito europeo e internacional, existen distintas propuestas, todas las cuales abordan las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual y en general evitan hablar de culpa grave²⁵³: los Principios Unidroit 2016, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) y el Proyecto Marco Común de Referencia (DCFR).

Los Principios Unidroit 2016²⁵⁴ obra del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, en su artículo 7.1.6 no hablan expresamente de la inaplicación de la cláusula de responsabilidad contractual en caso de culpa grave, sino que utilizan el concepto de «manifiesta deslealtad»:

«Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato».

No obstante, en los comentarios del propio Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado²⁵⁵ interpretan la expresión «*manifiestamente desleal*» en el sentido de incluir los casos de culpa grave (el ejemplo que se ofrece es el del contable que comete un error grave y da lugar a que la cuota del Impuesto sobre Sociedades se duplique). En cualquier caso, el acento se pone en la finalidad del contrato.

Por su parte, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)²⁵⁶ elaborados por la Comisión presidida por el Prof. Lando abordan el problema en su artículo 8:109, que tampoco usa el concepto de culpa grave, sino el de buena fe:

«Artículo 8:109: Cláusulas de exclusión o de limitación de los medios de tutela.

Los medios de protección del crédito en caso de incumplimiento pueden excluirse o limitarse, salvo que resultase contrario a la buena fe alegar dicha exclusión o limitación».

²⁵³ Vid. en Ruiz Sutil, C., «El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa», en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto 2015, pp. 765 y ss.

²⁵⁴ Vid. en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>.

²⁵⁵ Páginas 256 a 259. Vid. en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>.

²⁵⁶ Vid. en <https://internationalcontracts.net/documentos-derecho-internacional/Principios-del-Derecho-Contractual-Europeo.pdf>.

Por supuesto, como en el caso anterior puede haber solapamiento, y en algunos casos de incumplimiento contractual con culpa grave puede ser también contrario a la buena fe alegar la limitación de la responsabilidad. No obstante, el concepto de culpa grave no se utiliza.

En cuanto al Marco Común de Referencia para el Derecho privado europeo (DCFR)²⁵⁷, obra privada que no obstante según Morales Moreno y Corbacho puede ser usada para interpretar el Derecho español al amparo del artículo 3.1 C.c.²⁵⁸, solo utiliza la culpa grave (asimilada al dolo) para la limitación convencional de la responsabilidad por los daños causados a las personas (advírtase que en muchos ordenamientos una cláusula limitativa de responsabilidad similar sería contraria al orden público). En lo que respecta a los restantes daños y perjuicios, la responsabilidad puede limitarse convencionalmente con independencia de que se haya producido o no culpa grave, siempre que la cláusula no sea abusiva y que la invocación de la limitación no sea contraria a la buena fe y a la lealtad contractual («fair dealing»).

El concepto de culpa no se menciona siquiera (menos aún el de culpa grave) en la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea²⁵⁹.

En resumen, los conceptos de deslealtad manifiesta (Unidroit), buena fe (PECL y DCFR) y lealtad contractual han venido a erigirse en los criterios fundamentales en los nuevos proyectos internacionales y europeos de Derecho Civil para resolver este problema, desplazando así a los viejos conceptos de dolo o culpa grave (excepto, como hemos visto, en el DCFR en relación con la limitación o exclusión de los daños causados a las personas, en los que existen otras consideraciones de orden público).

²⁵⁷ https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

Véase MORALES, A. M., «Remedios frente al incumplimiento», en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Coord. Carmen Jerez Delgado. Madrid, 2015.

Véase también EIDENMÜLLER, H. y otros, «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)», en *ADC*. 2009, fasc. IV.

Sobre su oportunidad y retos vid. <https://www.europarl.europa.eu/document/actividades/cont/201004/20100430ATT73925/20100430ATT73925EN.pdf>

²⁵⁸ Corbacho cita a Morales cuando éste sostiene que el DCFR «plasma unos principios que encuentran su justificación en una racionalidad compartida por las legislaciones modernas, en el lenguaje de nuestro legislador del siglo XIX, en lo que hoy puede denominarse los principios del nuevo derecho de contratos». Vid. en CORBACHO GÓMEZ, «De la gratuidad a la onerosidad en los contratos de servicios regulados por el Código Civil», en MORALES MORENO, A. M. y BLANCO MARTÍNEZ, E., *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022.

²⁵⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635>.

XI. CONCLUSIÓN

No cabe equiparar el dolo (incluyendo en el mismo el dolo eventual) y la culpa grave en lo que respecta a la validez y aplicabilidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual. Esta equiparación, a los efectos ahora estudiados, no puede extraerse del Derecho histórico, que en su práctica totalidad (excepción hecha de una Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1875 que no tuvo continuidad posterior) solo consideraba «irredimible» la responsabilidad por dolo, y menos aún del proceso codificador, que abandona por completo la tripartición de culpas. En particular, tanto la interpretación literal del artículo 1102 C.c. como su relación con otros preceptos del mismo Código, como la interpretación que dio a este artículo la doctrina inmediatamente posterior a la codificación (Manresa) apuntan a que no resultaba contraria al mismo la limitación de la responsabilidad por *culpa lata*.

La mayor dificultad probatoria del dolo no justifica considerar contraria al orden público la limitación de la responsabilidad por culpa grave, pues la dificultad probatoria ha de afrontarse con las reglas procesales sobre carga de la prueba (incluyendo la jurisprudencia sobre facilidad, disponibilidad de la prueba, proximidad a la fuente y lealtad procesal, como recuerda Martínez Sanz) y prueba por presunciones. Y, por otro lado, resulta aún más difícil determinar de antemano la diferencia entre culpa ordinaria y culpa grave, dada la inexistencia de una definición legal de culpa grave y la libre disposición de las partes para definir el canon de diligencia normal aplicable al contrato por referencia al cual el más laxo canon de diligencia de la culpa grave habrá de establecerse.

No hay argumentos para considerar contrario al orden público económico el pacto de limitación de responsabilidad por culpa grave. Estos pactos, muy habituales en la práctica, cumplen una función económica atendible, especialmente en contratos en los que hay un seguro de manifestaciones y garantías (la responsabilidad por culpa grave es asegurable), y en los contratos de venta de activos por fondos de capital riesgo. Como sostiene Jordano Fraga, si la responsabilidad por culpa grave no fuera convencionalmente limitable –por ser contrario al orden público– el seguro de responsabilidad contractual por culpa grave no sería posible: pero, en cambio, este seguro es casi universalmente admitido (con la excepción del propio Jordano Fraga) por doctrina y jurisprudencia.

No hay a mi juicio un orden público económico que obligue a responder por *culpa lata* sin posible limitación, para fomentar el cumplimiento de las obligaciones. Por el contrario, la regla de la

responsabilidad ilimitada por *culpa lata* fomentaría una indeseable litigiosidad (dada la ambigüedad y la relatividad del concepto de «*culpa lata*» y las muy lucrativas –para el acreedor– consecuencias que se asociarían a su concurrencia) y desincentivaría el tráfico económico (pues muchos contratos no se firmarían, al no ser previsibles sus consecuencias).

El carácter malicioso del dolo (que incita a «fazer mal») por definición no concurre en la *culpa lata*, que se distingue del dolo eventual por su carácter involuntario. Incluso partidarios de la prohibición de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por *culpa lata*, como Yzquierdo, las aceptan cuando se trata de *culpa lata* de los dependientes y auxiliares (subcontratistas), lo que constituye la práctica totalidad de los casos en el tráfico empresarial. Dado que está dentro del poder de disposición de las partes pactar sobre la participación (o no) de dependientes o auxiliares (subcontratistas) en la ejecución del contrato, y sobre el riesgo asociado a dicha participación, también ha de estarlo pactar sobre la responsabilidad por la eventual culpa grave de éstos.

A mi entender, es cualquier cosa menos evidente que resulte odioso establecer una cláusula de limitación de responsabilidad aplicable a todos los casos de incumplimiento culposo, incluyendo los supuestos de culpa grave. Por el contrario, esta cláusula es totalmente aconsejable en contratos entre empresas.

Limitar o no la responsabilidad por *culpa lata*, en la mayoría de las ocasiones, es cuestión de precio y de reparto de riesgos del contrato entre ambas partes. Las partes son libres de pactar el canon de diligencia que deseen (no hay un canon mínimo obligatorio), y el precio correspondiente. Si fuera contrario al orden público limitar la responsabilidad por culpa grave, entonces también debería ser contrario al orden público pactar un canon de diligencia demasiado laxo. Pero si no hay un canon de diligencia mínimo, tampoco una obligación de responder sin limitación por su incumplimiento. Cuando es cuestión de precio, no lo es de orden público.

Como se sostiene en el cuerpo de este trabajo, la seguridad y la certeza del tráfico quedan mejor servidos permitiendo a las partes pactar la distribución de riesgos que consideren más adecuada a sus intereses a la luz del precio del contrato. Por supuesto, se excluyen los contratos con consumidores, que quedan fuera del ámbito de este estudio.

Los conceptos de deslealtad manifiesta (Unidroit), buena fe (PECL y DCFR) y lealtad contractual han venido a erigirse en los criterios fundamentales para resolver este problema en los nuevos proyectos internacionales y europeos de Derecho Civil, despla-

zando (con la única excepción del supuesto de daños causados a las personas en el DCFR) a las viejas menciones al dolo o a la culpa grave.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Edisofer, 2008.
- ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús: «La ordenación de las reglas de los artículos 1102, 1115 y 1256 del Código Civil según Pantaleón», en *Almacén de Derecho*, 17 de junio de 2023.
- ALONSO SOTO, Ricardo: *El seguro de la culpa*, 1977.
- ALPA, Guido: «Réflexions sur le projet de réforme du droit des contrats », *Révue internationale du droit comparé*, 2015, 67-4, pp. 877-899.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: *Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil*, Comares, 1998.
- ARIAS VARONA, Francisco Javier: «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010). 283-302.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 8073 y 8079.
- ATARD Y GONZÁLEZ, Rafael: *El dolo en el derecho civil*, Ed. El Adelantado de Segovia, 1925.
- BADOSA COLL, Ferrán: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987.
- *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, arts. 1.102 y 1.103, pp. 36 a 40.
- BANFI DEL RÍO, Cristián: «La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile». *Revista Chilena de Derecho*. vol. 27 núm. 2. Sección Estudios, pp. 291-330 (2000).
- BAKOUCHE, David: «Appréciation de la faute lourde susceptible de tenir en échec l'application d'un plafond légal de réparation», disponible en <https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/3209364-jurisprudence-appreciation-de-la-faute-lourde-susceptible-de-tenir-en-echec-l-application-d-un-plaf>.
- BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel: «La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación histórica castellana y en el derecho de la codificación», en *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, 2015, pp. 13-215.
- BLANQUER ÜBEROS, Roberto: «Notas sobre un caso de supresión o exoneración de obligaciones legales de un contratante», en *ADC*, 1983, pp. 1169-1180.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Artículo 1102 C.c.», en Albaladejo, M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1. EDERSA, 1989, pp. 444-475.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, 1986, vol. 3.
- CIAN, Giorgio: «Lata culpa dolo aequiparatur», *Riv. Dir. Civ.*, 1963, pp. 148-178

- COOKE, John y OUGHTON, David, *Common Law of Obligations*, 2nd Ed., Butterworths 1993.
- CORBACHO GÓMEZ, José Antonio: «De la gratuidad a la onerosidad en los contratos de servicios regulados por el Código Civil», en MORALES MORENO, A. M. y BLANCO MARTÍNEZ, E., *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022, pp. 189-207.
- COSSÍO Y CORRAL, Alfonso: *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.
- CHRISTOU, Richard: *Drafting commercial agreements*, 6th Ed., Thomson Reuters.
- DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, artículo 1107, pp. 53-62.
- DÍAZ-PITA, María del Mar: *El dolo eventual*. Tirant Lo Blanch, 1994.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 1993.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. 6.^a ed.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, 9.^a ed., 2001.
- D'ORS, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, EUNSA, 1989.
- DOS SANTOS MARTINS, Luis, «Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 30/2012, pp. 1 a 22.
- EIDENMÜLLER, Horst y otros: «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)», en *ADC*. 2009, fasc. IV, pp. 1461-1522.
- FABRE-MAGNAN, Muriel, *Le droit des contrats*, 2023.
- GALGANO, Francesco: *Diritto Civile e Commerciale*, 1990. vol. 2, tomo 1.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid, 1965.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús:, *Derecho Privado Romano*, 1991.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, 1.^a ed. 1852, reimpresión 1974.
- GOMÁ SALCEDO, José Enrique: *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*. Bosch, tomo II.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de la responsabilidad civil general)», *RDM* 150, 1978, pp. 477-560.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, 1.^a ed., Libro IV (Obligaciones).
- JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita: *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *La responsabilidad contractual*. Civitas, 1987. — «Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual», *RDM*, 1984, pp. 603-710.
- LACHIÈZE, Christophe: *Droit des contrats*, Ed. Ellipses, 2020.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, 2.^a ed., 1985, p. 239.
- LONGO, Carlo: *Corso di diritto romano*, Il deposito, Milán, Giuffrè, 1933.
- LOUIS, Henock; PEARSON, Thomas; ROBINSON, Dahlia, ROBINSON, Michael y SUN, Amy: «The Effects of the Extant Clauses Limiting Auditor Lia-

- bility on Audit Fees and Overall Reporting Quality (August 10, 2018)». *Journal of Empirical Legal Studies*. Véase <https://ssrn.com/abstract=2553562> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2553562>.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio: *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Ed. BOE, 2017.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando: *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–* Granada, 2002.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon y TUNC, André: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1962. Véase la versión francesa en Mazeaud, H. y L. y Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1960, vol. 3.
- MEDIO, Alfredo de, «Studi sulla culpa lata in diritto romano», *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, año XVII, 1905 (pp. 5-34) y año XVIII 1906 (pp. 260-308).
- MONTES PENADÉS, Vicente Luis: «La responsabilidad por incumplimiento», en Valpuesta Fernández; M. R. (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blanch, 1994.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El alcance protector de las acciones edilicias», *Anuario de Derecho Civil*, 1980, pp. 585-686.
- «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa». *Anuario de derecho civil*, vol. 35, núm. 3, 1982, pp. 591-684.
- «Remedios frente al incumplimiento», en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Coord. Carmen Jerez Delgado. Madrid, 2015.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel y BLANCO MARTÍNEZ, Emilio: *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022.
- NEME VILLARREAL, Martha, «Culpa lata dolo aequiparatur», en *Sistema del ius romanum, Sistema jurídico romanista y Subsistema Jurídico Latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Universidad Externado, Bogotá, pp. 1-28.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos», en *ADC* tomo LXXIV, 2021, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1099-1260.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid 1982.
- PANTALEÓN, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991, pp. 1019-1091.
- PÉRÈS, Cécile, «Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats», en *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, Lexis-Nexis, 2016, pp. 13 a 19.
- POSNER, Richard: *El análisis económico del Derecho*, 2002.
- POTHIER, Robert Joseph: *Traité des obligations*, 1764. Vid. tanto el texto original como su reimpresión en 2023 por Ed. Dalloz.
- QUIÑONERO CERVANTES, Enrique: «El dolo omisivo», *RDP*, 1979, pp. 345-357.

- REDONDO TRIGO, Francisco: «Daños consecuenciales, lucro cesante y limitación contractual de responsabilidad en accidente de aeronave en terminal aeroportuaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 784, pp. 1336-1353.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: *El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos*, en Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2132, junio de 2011, pp. 1-26.
- RUIZ SUTIL, Carmen: «El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto 2015, pp. 763-798.
- SALELLES CLIMENT, José Ramón: *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*. Bolonia, 2007.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Comentario al artículo 1102 C.c.», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4.ª ed. 2013, pp. 1486-1519.. SAVAUX, ERIC: «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», en ADC, tomo LXIX, 2016, fasc. III, pp. 715-741.
- SALAMI, Emmanuel: Examining the Legality of Limitation of Liability Clauses under the GDPR (August 30, 2018). *Computer and Telecommunications Law Review (CTLR)*, Volumen 24, Publicación 8, páginas 175-180, 2018, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3614362> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3614362>.
- SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I.
- SÁNCHEZ-GAMBORINO, F: *La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera*, Ed. ICG Marge, 2017.
- SANTOS BRIZ, Jaime: «Artículo 1102 del Código Civil», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2000, tomo 6, pp. 103-108.
- DOS SANTOS MARTINS, Luis: «Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 30/2012, BIB 2012/3249, pp. 46-68.
- TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, Javier: *La presunzione di colpa nella responsabilità contrattuale*, Bolonia, 1992, 2023.
- TORRES GARCÍA, Teodora: «La moderación de la responsabilidad procedente de negligencia. El artículo 1103 del Código Civil», en MORALES MORENO, A. M. y BLANCO MARTÍNEZ, E., *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022, pp. 1281-1306.
- TREITEL, G. H., *The Law of Contract*, Ed. Sweet & Maxwell, 1999.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español», *Revista de Derecho Patrimonial*, XV, 2005, pp. 25 ss. Véase también en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 4, 2005, pp. 33-80.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid, 2001.

Contratación por personas con discapacidad y ventaja injusta: ¿un remedio a generalizar?*

ROSA BARCELÓ COMPTE

Profesora lectora de Derecho civil
Universidad de Barcelona

RESUMEN

La capacidad jurídica de los contratantes con discapacidad ha sido reconocida por el Código civil tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Así, el nuevo régimen de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad prevé la posibilidad de solicitar la ineficacia del acto o negocio jurídico celebrado sin las medidas de apoyo previstas para dicho contratante. La reforma también legitima a los prestadores de apoyo para interponer la acción de anulabilidad de dichos contratos, pero condiciona el éxito de esta acción a la obtención de una ventaja injusta en el otro contratante. Concretamente, en este trabajo nos ocuparemos de analizar, precisamente, la figura de la ventaja injusta como instrumento de protección del contratante débil y su particular introducción en el Código en el contexto de la contratación con personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE

Ventaja injusta, discapacidad, capacidad jurídica, parte débil, medidas de apoyo, contratación consciente, protección abstracta.

* Este trabajo se ha realizado en el marco de una estancia de investigación en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid, cuya directora es la Dra. Rosa María Moreno Flórez.

Esta publicación es parte del Proyecto I+D+I (PID 2019-107195RB-I009) financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033: *Cumplimiento de los contratos y realidad digital: la adaptación del derecho contractual para la prevención de conflictos transfronterizos* y de las actividades del Grup de Dret Civil Català UB (2021 SGR 347).

Contracting by individuals with disabilities and unfair advantage: a remedy worthy of generalization?

ABSTRACT

The legal capacity of contracting parties with disabilities has been recognized by the Civil Code after the legislative reform carried out by Law 8/2021, of June 2, which amends civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. Thus, the new regime of nullity of contracts entered into by persons with disabilities provides for the possibility of requesting the ineffectiveness of the legal act or transaction concluded without the support measures provided for such contracting party. The legal reform also legitimizes support providers to bring an action for nullity of such contracts, but it conditions the success of this action on the obtaining of an unfair advantage over the other contracting party. Specifically, in this work, we will focus on analyzing, precisely, the concept of unfair advantage as an instrument for protecting the weaker party in the contract and its particular introduction in the Code in the context of contracting with disabled individuals.

KEYWORDS

Unfair advantage, disability, legal capacity, vulnerable party, support measures, conscious contracting, abstract protection.

SUMARIO: I. Introducción: el cambio de paradigma.—II. La doble dimensión de la capacidad jurídica tras la LRAPD: titularidad y ejercicio.—III. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad no viene restringida por la provisión de apoyos. 1. El artículo 1302.3 CC y las medidas paliativas: nuevos escenarios de protección *ad hoc* de la parte débil del contrato. 2. La introducción de la ventaja injusta como instrumento de protección del contratante con discapacidad. 2.1 El presupuesto de la ventaja injusta: voluntad libre e informada; ¿y reflexiva? 2.2 Ventaja injusta: de la lesión económica al vicio de la voluntad. 2.3 La introducción de la ventaja injusta en el artículo 1302.3, segundo párrafo. 2.4 De la doble presunción al éxito de la acción de anulación.—IV. A modo de conclusión.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: EL CAMBIO DE PARADIGMA

La reforma civil (y procesal) en materia de discapacidad (Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en adelante LRAPD) evidenció

el cambio de paradigma con relación a la incapacitación y a la modificación de la capacidad presentes en el articulado del Código civil (CC) hasta junio de 2021. Así, la modificación centró su atención en lo recogido por el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPDNY) que estableció la obligatoriedad del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida¹. Para hacer efectiva dicha obligatoriedad, el tratado internacional previó que los Estados adoptaran las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pudieran necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, también impuso la necesidad de asegurar que todas las medidas de apoyo proporcionaran las salva-guardias adecuadas que garantizaran el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, la inexistencia de conflicto de intereses y de influencia indebida, y que las mismas fueran proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

El presente artículo tiene como objetivo, principalmente, examinar el régimen de anulabilidad previsto por el artículo 1302.3 CC; en concreto, las páginas que siguen abordan el estudio de las nuevas reglas relativas a la ineficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad en las situaciones descritas por la figura de la ventaja injusta. La estructura del artículo es la siguiente: en primer lugar, se hará una breve reflexión con relación a la regla general sobre la capacidad jurídica contenida en el artículo 1263 CC(II); a continuación (III) se analizará el significado de la primera parte del artículo 1302.3 CC, es decir, cuáles son los supuestos de ineficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad (1). La parte principal del artículo examinará la posibilidad dada por el segundo párrafo del artículo 1302.3 CC de anular el contrato celebrado sin las medidas de apoyo previstas y en una situación de ventaja injusta; para ello se analizará el origen en el Derecho contractual europeo de dicho instrumento, sus características principales y su relación en el seno de la LRAPD. También se abordarán propuestas de modificación del articulado actual en aras a facilitar la carga probatoria de los elementos subjetivos descritos por la figura para permitir, así, el éxito de la acción de anulación (2). Finalmente, se concluirá con la necesidad de avanzar hacia escenarios de protección abstracta de la parte débil y por

¹ Sobre el cambio de paradigma que introduce el artículo 12 de la Convención, véase QUINN (2010, pp. 10-14).

ello se propondrá la introducción del remedio de la ventaja injusta con carácter general, no limitado a la contratación con personas con discapacidad (IV).

II. LA DOBLE DIMENSIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA TRAS LA LRAPD: TITULARIDAD Y EJERCICIO

La reforma del artículo 1263 CC elimina categóricamente la protección preventiva dada por la legislación anterior. Huelga recordar que el artículo 1263.2 CC, anterior a la reforma, impedía que las personas con la capacidad modificada judicialmente pudieran prestar consentimiento (o lo supeditaba a lo recogido por la resolución judicial). Esta norma inhibía, de entrada, la capacidad contractual de las personas que tuvieran la capacidad modificada judicialmente.

En la actualidad, el artículo 1263 CC consagra definitivamente el objetivo planteado por la LRAPD: la adaptación del ordenamiento civil español al CDPDNY y, en consecuencia, el reconocimiento de la capacidad jurídica en sentido amplio (capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho) a las personas con discapacidad².

La reforma suprimió el segundo párrafo del 1263 CC lo cual propició la equiparación total en el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad y las demás³. En consecuencia, podemos decir que hoy no existe la posibilidad de limitar legalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, con o sin medidas de apoyo. El contratante con discapacidad deja de ser asimilado al menor de edad y se refuerza, así, la presunción general de capacidad, que rige ahora también para las personas con discapacidad.

Que las medidas de apoyo no pueden utilizarse como un instrumento que suponga una barrera en el ejercicio de sus derechos de las personas con discapacidad se intuye del texto de la reforma (aunque sí lo supondrá para los casos excepcionales, pero posibles,

² Con relación al trámite parlamentario de dicho precepto véase ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 989. Véase, también, GARCÍA RUBIO, 2022, pp. 623-624.

³ Parafraseando a CARRASCO PERERA (*Gómez-Acebo Pombo, 50 aniversario*, 2022, p. 204), no existe, pues, una anulabilidad residual para el discapacitado sin medidas de apoyo, es decir, para el discapacitado a secas. Según el parecer de GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO (2022, pp. 651-652) si lo que falta es en realidad el consentimiento (la habilidad para entender y querer el negocio en cuestión y sus consecuencias) el contrato sería nulo por falta de consentimiento (*ex art. 1261 CC*), pero ello puede darse con o sin discapacidad. Según dichos autores, lo que señala la reforma es que la discapacidad *per se* no pueda valer como motivo de invalidez o ineficacia contractual.

de curatela representativa –art. 269.3 CC⁴–, de medidas de apoyo voluntarias que tuvieran asignadas funciones representativas o de guardador de hecho, también con esas mismas funciones representativas *ex art. 264 CC*⁵). Así, las medidas de apoyo ayudarán al contratante con discapacidad a expresar dicha voluntad, a conformar la voluntad deseada (o le servirán de mera ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad⁶) pero la regla general es que la persona con discapacidad es capaz de prestar el consentimiento contractual que exige la celebración de cualquier contrato; en función de las características y complejidad del mismo, puede necesitar un apoyo para prestar dicho consentimiento (ya sea de la concreta medida de apoyo establecida o del notario –17 bis 2 a)

⁴ Con relación al carácter excepcional de la curatela representativa, véase la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4129/2023, de 20 de octubre de 2023 (núm. 4129, ponente: Parra Lucán). En la misma el recurso de casación es desestimado. La parte recurrente (Ministerio Fiscal) era partidaria de la continuación de la institución de la guarda de hecho por la esposa de la persona necesitada de apoyos y consideraba improcedente la constitución de la curatela. El TS argumenta que, en el caso, y atendidas las limitaciones que presenta la persona necesitada de apoyos (limitaciones para expresar su voluntad, deseos y preferencias; también a la hora de tomar decisiones de manera autónoma ya que su capacidad cognitiva-volitiva está condicionada por la patología que presenta) es preferible un apoyo más intenso (representación). Así el TS subraya que si bien es cierto que la regulación de la guarda de hecho permite al guardador de hecho solicitar y obtener una autorización judicial para actuar en representación de la persona con discapacidad, y que la autorización puede comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (art. 264 CC), cuando por la discapacidad que afecta a la persona no puede prestar consentimiento y es precisa de manera diaria la actuación representativa de quien presta el apoyo, es obvio que la necesidad de acudir al expediente de previa autorización judicial de manera reiterada y continua revela la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad del apoyo requerido y, en consecuencia, la conveniencia de una medida judicial. El TS acaba concluyendo, con relación a la constitución de una curatela representativa y a su carácter excepcional que «si interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del art. 255 CC), descontextualizada, negaríamos siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho; lo que se traduciría en que al revisar las tutelas anteriores, se transformarían de forma automática todas ellas en guardas de hecho. Esta aplicación rígida y automática de la norma es tan perniciosa como lo fue en el pasado la aplicación de la incapacitación a toda persona que padeciera una enfermedad o deficiencia, de carácter físico o psíquico, que le impidiera gobernarse por sí mismo, al margen de sí, de acuerdo con su concreta situación, era preciso hacerlo». Sigue indicando el TS que en situaciones como las del caso, hay que evitar una aplicación automática de la ley y que es necesario atender a las circunstancias concretas, para advertir si está justificada o no la constitución de la curatela. Así, el TS concluye alegando que del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso muestran más conveniente prestar mejor ese apoyo.

⁵ Señala RUIZ-RICO RUIZ (2022, pp. 86-87) que la lectura del artículo 1302 CC lleva a pensar que está referido únicamente a los casos en los que el discapacitado otorgue su consentimiento contractual prescindiendo de las medidas de apoyo ya que la normativa parte de la excepcionalidad de la atribución de funciones representativas, por lo que es coherente que solo regule las hipótesis consideradas generales como son la de nulidad por falta de concurrencia del consentimiento del prestador de apoyos para aquel contrato o negocio para el que era necesaria su intervención.

⁶ MONJE BALMASEDA, 2022, p. 1117.

Ley del Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, LN⁷). Sin embargo, la existencia del apoyo no puede inhibir, ni siquiera en parte, la presunción general de capacidad (esa es, a nuestro entender, la idea de la LRAPD). En consecuencia, un negocio jurídico celebrado por una persona con discapacidad no será impugnabile a priori. Veremos más adelante en qué circunstancias, sin embargo, se puede solicitar la anulabilidad del contrato celebrado.

La equiparación plena significa que la falta de consentimiento no se dará por la discapacidad o por la falta de apoyo (primero porque, tras la reforma y en congruencia con lo incorporado por el CDPDNY, el apoyo nunca puede limitar la libertad contractual de la persona con discapacidad y, segundo, porque a esta se le presume plena como a los demás) sino porque no existe tal conciencia y voluntad, caso en el que el contrato será nulo por falta de un elemento esencial: el consentimiento⁸.

En definitiva, la reforma persigue normalizar la contratación con personas con discapacidad. Claro que, sin que pueda tacharse al legislador de falaz, la LRAPD no soslaya la situación de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse las personas con discapacidad, pero para ello facilita la posibilidad de establecer medios de apoyo y, para el caso que se den las circunstancias que analizaremos más adelante, prevé la ventaja injusta como un instrumento que permite revertir la eficacia del contrato protegiendo, así, al contratante más débil de la relación (el contratante con discapacidad).

El actual artículo 1263 CC, al no hacer ninguna referencia explícita al contratante con discapacidad, desdibuja los límites existentes en la regulación anterior al ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes con discapacidad. Fijémonos en la definición que acuña De Castro sobre autonomía privada: «aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social»⁹. Una definición similar puede

⁷ Sobre el asesoramiento legal de los notarios y su deber de velar por la protección de la parte débil del negocio que autorizan, véase RUBIO GIMENO, 2021, p. 168. Véase, también, con relación al papel del notario tras la reforma, VALLS I XUFRE, 2022, p. 98. Con relación al precepto 17 bis 2 a) de la Ley del Notariado, dicho autor señala que este precepto deberá interpretarse en congruencia con la reforma, constatando que la persona que comparece ante el notario, si bien puede tener un cierto grado de discapacidad psíquica, comprende lo que está haciendo y sus consecuencias a través de sus manifestaciones y las circunstancias que la rodean.

⁸ GARCÍA RUBIO (2022, p. 628) pone como ejemplo estar bajo la influencia de sustancias psicotrópicas.

⁹ DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 12.

verse contenida en el ya citado artículo 12 de la CDPDNY que realza esta noción de capacidad jurídica en sentido amplio, que debe ser reconocida por igual a todas las personas¹⁰. Esta autonomía privada se relaciona, especialmente en el ámbito del negocio jurídico, con la declaración de voluntad. Con De Castro, y fijándonos especialmente en el artículo 144 del Reglamento del Notariado (Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, RN) señalado por este autor cuando analiza el concepto de autonomía de la voluntad, vemos que el concepto amplio de declaración de voluntad queda incluido en dicho artículo cuando señala el contenido propio de las escrituras públicas («declaración de voluntad, actos jurídicos que impliquen una prestación de consentimiento y contratos de todas clases»). Desde el punto de vista de la voluntad, este mismo autor indica que la declaración de voluntad es la concreta intención o propósito con lo que se dice o hace algo. El artículo 1263 CC actual asume esa misma definición como válida, ahora también, para la persona con discapacidad¹¹.

Como venimos diciendo, pues, hoy la regla general en nuestro Código civil es la capacidad para contratar con o sin medidas de apoyo¹². Otra cosa es que, como veremos, la inexistencia de medidas de apoyo –cuando fueran precisas– pueda conllevar la posibilidad de anular el contrato (por la persona con discapacidad o por la persona que debía prestar el apoyo). A ello dedicaremos el siguiente epígrafe aunque apuntaremos ya que la anulación se verá condicionada por la figura de la ventaja injusta (en cualquier caso y a pesar de la limitación aparente que se desprende de la literalidad del art. 1302.3 CC). Como incidiremos más adelante, los supuestos de anulabilidad previstos tras la reforma se relacionan con situaciones en las que, precisamente, se pone en tela de juicio la declaración de voluntad; las situaciones descritas por la ventaja injusta no se ajustan del todo con la definición que incorpora De Castro: son situaciones en las que hay voluntad y es libre pero no es del todo

¹⁰ Se ha dicho que el principio paternalista es desplazado por un principio de autonomía absoluta, que obliga al respeto a la voluntad y a las preferencias privadas de los adultos en cualquier circunstancia. Véase ALEMANY, 2021, p. 25. Este mismo autor señala que la Convención maneja un modelo robusto de autonomía integrado por dos tipos de contenidos: un contenido negativo, que exige la no intervención o invasión del Estado o terceros en la esfera de poder de elección autónoma de la persona, que se corresponde con la visión estándar de la autonomía, y un contenido de tipo positivo que reclamaría la intervención activa del Estado para promover y favorecer el poder de elección autónoma de la persona, (*ibidem*, p. 58).

¹¹ Autores como ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES (2022, pp. 499 ss.) abogan por encontrar un equilibrio entre el respeto a la voluntad y preferencias de la persona y aquello que es de su interés, para evitar que la decisión errónea pueda causarle un daño o perjuicio, sin que ello deba entenderse como un acto paternalista.

¹² BERNAD MAINAR, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, p. 2106.

consciente (no existe un consentimiento con conocimiento de causa)¹³. La ventaja injusta se erige, pues, como la figura persigue que la emisión del consentimiento no solo sea libre y exacta, sino también consciente, incluso reflexiva.

La supresión de la segunda parte del artículo 1263 CC alerta y subraya algo que durante mucho tiempo ha pasado desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado¹⁴.

La purga de la visión más paternalista del derecho que limitaba la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y, por ende, su autonomía de la voluntad irá unida a un cambio de mentalidad del entorno, especialmente de los tribunales. En el siguiente apartado veremos como la posibilidad de anular el contrato celebrado sin las medidas de apoyo previstas será cuestionada ante el juez que deberá determinar caso por caso si eran realmente precisas para la prestación del consentimiento en el sentido que podían o debían ayudar, por ejemplo, a emitirlo. La finalidad del apoyo, tras la reforma, es asistir o ayudar en el ejercicio de la capacidad jurídica (el apoyo en la toma de decisiones) de la persona con discapacidad para que disfrute al máximo de la esfera de autonomía personal y patrimonial que les es inherente¹⁵.

¹³ Dicha expresión la utiliza la Directiva de prácticas comerciales desleales (Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005), cuando define el concepto de influencia indebida en el artículo 2, letra j. También cuando se refiere a la definición de «distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores (art. 2, letra e): utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado». En otro sentido, también la vemos refiriéndose a una formación de la voluntad pausada y reflexiva en la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial [véase el Cdo. 29 («Con objeto de aumentar la capacidad de los consumidores de tomar por sí mismos decisiones con conocimiento de causa sobre la contratación de préstamos y la gestión responsable de la deuda...»)] y en el artículo 14.6, 1er ap. *in fine* de dicha Directiva: «Los Estados miembros especificarán un período de siete días como mínimo durante el cual el consumidor dispondrá de tiempo suficiente para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa». Por todo, véase, ARNAU RAVENTÓS, 2015, p. 432 ss.

¹⁴ Como señala ÁLVAREZ LATA (2021, p. 995), la persona con discapacidad sin medida de apoyo tiene capacidad contractual, pero la validez del acto o negocio concreto necesitará conformar una voluntad negocial suficiente; en otro caso, corre (y asume) el riesgo de que su declaración sea nula, siempre que se pueda acreditar para ese acto la falta de consentimiento *ex* artículo 1261 CC. No será suficiente la discapacidad porque no es causa de nulidad contractual *per se* sino que habrá que probar la falta de consentimiento para ese acto determinado. Se aplicarán las reglas generales sobre emisión de un consentimiento válido y suficiente para el contrato.

¹⁵ El cambio de paradigma significa que, en el caso que se adopten medidas de apoyo, deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Es decir, el procedimiento de determinación de medidas, voluntarias o judiciales, deberá velar por el interés preferido de la persona de acuerdo con sus deseos, preferencias y voluntad o la mejor interpretación de su voluntad y ya no, como sucedía anteriormente, su interés superior, cfr. FÁBREGA RUIZ, 2021, pp. 308-309.

En definitiva, el artículo 1263 CC bebe directamente del artículo 12.2 CDPDNY¹⁶ que asume esa definición en sentido amplio de capacidad jurídica (titularidad y ejercicio) que no admite excepciones (ya avanzamos, pues, que los apoyos nunca podrán suponer un límite o un freno a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad).

III. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD NO VIENE RESTRINGIDA POR LA PROVISIÓN DE APOYOS

El numeral tercero del artículo 1302.3 CC¹⁷ («Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen») se incardina en la línea comentada en los párrafos anteriores de proclamar la capacidad jurídica en sentido amplio de la persona con discapacidad. Este artículo, además, realza dicha afirmación; podemos decir que la existencia de medidas de apoyo no puede restringir el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad¹⁸. En consecuencia, que el contratante tenga provistas medidas de apoyo no puede ser un impedimento para la persona con discapacidad para contratar válida y eficazmente¹⁹.

Sin embargo, fijémonos en lo que señala el artículo con relación a la prescindencia de las medidas de apoyo «precisas».

De su tenor literal, deducimos lo siguiente:

(I) Contratante con discapacidad que prescinde voluntariamente de las medidas de apoyo²⁰: bajo nuestro punto de vista, una acción de nulación en este sentido no debería tener posibilidades

¹⁶ Sobre las observaciones hechas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con relación al artículo 12, véase CUENCA GÓMEZ, 2021, pp. 51-60.

¹⁷ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, p. 654 ss. También, ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, 2022, p. 506.

¹⁸ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, *ibidem*, p. 650.

¹⁹ Una vez más, sobre el *iter* legislativo véase ÁLVAREZ LATA, 2021, p. 1006 ss.

²⁰ Las dudas se plantean cuando no existen apoyos, a pesar de que se tenía derecho a los mismos y a pesar de que la conciencia y voluntad de la persona con discapacidad es suficiente para entender que no ha faltado el consentimiento contractual. Señala GARCÍA RUBIO (2022 b, p. 341) que en esta circunstancia el contrato sólo podría ser anulado si ha existido una situación de ventaja injusta. Es decir, si no ha podido disponer del apoyo (no porque no quiso hacer uso de aquel que tenía a su disposición), solo si se dan los presupuestos de la ventaja injusta debería tener éxito una demanda de nulación. Como veremos más adelante, y bajo nuestro punto de vista, en el caso de que existan medidas de apoyo, la

de éxito. Es decir, si bien es la exclusión de cualquier medida (formal o informal) la que permite la impugnación del contrato (si se sigue el tenor literal del artículo), hay que tener presente aquí la doctrina de los actos propios: nadie puede ir en contra de sus propios actos. Esto significa que el titular de un derecho subjetivo está vinculado por sus propios actos, lo que conlleva la imposibilidad de actuar de manera que contradiga su actuación previa²¹. Dicha doctrina es una concreción más del principio general de la buena fe *ex* artículo 1258 CC²² que obliga a un comportamiento objetivamente ético de las partes en un negocio jurídico. La conducta contradictoria contraviene la buena fe en la medida en que frustra la confianza que una actuación ha generado en la contraparte²³.

(II) Contratante que no prescinde expresamente de las medidas de apoyo –es decir, no hay una renuncia expresa– pero tampoco las utiliza²⁴: ¿es este el caso específico que describe el artículo 1302.3 CC? Bajo nuestro punto de vista la respuesta sería afirmativa. Con Carrasco defenderíamos que estos supuestos hay que analizarlos casos por caso²⁵. Es decir, este autor indica que una medida de apoyo establecida como precisa en abstracto puede no revelarse precisa en consideración a las circunstancias del caso. Esta línea de interpretación se orienta hacia escenarios *ad hoc* de protección de la parte débil, alejándose de aquella idea de protección basada en la clase (protección *class-based*²⁶; así, por ejemplo, protección al contratante con discapacidad *per se*, a la gente mayor como colectivo, al consumidor) para refrendar una idea más dinámica, más circunstancial o más transitoria de protección (protección *state-based*)²⁷. A ello volveremos más adelante en este artículo.

anulabilidad vendrá condicionada, también y, en cualquier caso, por la existencia de una ventaja injusta en la contraparte.

²¹ «Venire contra factum proprium non valet». En un mismo sentido, véase EGUSQUIZA BALMASEDA, 2023, pp. 1157-1158.

²² El Código civil de Cataluña (CCCat) contiene un artículo de aplicación general de la buena fe (art. 111-8 CCCat).

²³ En este sentido, nos sumamos, pues, a la interpretación hecha y a las razones dadas por GARCÍA RUBIO, 2022 b, pp. 343-344.

²⁴ Y la persona con discapacidad no ha sufrido ningún vicio en su consentimiento.

²⁵ CARRASCO PERERA, 2022, pp. 222-223. Así se observa en la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2023 (véase, *supra*, lo dicho en la nota a pie de página número 4).

²⁶ Sobre la protección *class based* y *state-based*, véase *infra* §2.2 y, también, KAPROU, 2020 p. 54.

²⁷ En otro sentido se defiende RUIZ-RICO RUIZ (2022, p. 88) quien entiende que la remisión que hace el artículo 1302 CC a la falta de medidas cuando fueran precisas no puede entenderse como un juicio a posteriori sobre si debía o no ser precisa la medida: se refiere a que la medida ya existe, pero se prescinde de ella. Para dicho autor, eso sólo puede valer para las medidas de apoyo judiciales. En suma, bajo el punto de vista de Ruiz-Rico Ruiz, esa referencia a cuando fueran precisas está pensada únicamente para las medidas de apoyo de naturaleza judicial, y no voluntarias, y sólo a las que supongan la necesidad de concurrencia

Con relación a este segundo supuesto de contratación sin medidas de apoyo a las que no se ha renunciado expresamente, cabe señalar que el éxito de impugnar el contrato por falta de medidas de apoyo dependerá de si estas eran necesarias o no para el supuesto concreto. Así, decimos que el juicio que aborde la necesidad o no de las medidas es circunstancial. Sin embargo, entendemos que ello no es suficiente (o no debería serlo) para que prospere la acción. La omisión del apoyo no bastaría, pues, para que prosperara la acción. Hemos dicho que la reforma aboga por un sistema que proclama la capacidad como regla general, incluso cuando existan medidas de apoyo. Se ha dicho, también, que hemos pasado de un sistema preventivo a uno de paliativos²⁸: precisamente este sistema de paliativos debe ir ligado, necesariamente, a la figura recientemente incorporada en el Código civil de la ventaja injusta. Si la regla general es la capacidad como norma general de todos los contratantes, con o sin discapacidad²⁹, y esta no puede ser limitada por la presencia o no de apoyos formales o informales³⁰, la anulabilidad del contrato por la falta de apoyos precisos en un momento determinado debe ir unida a la obtención por la contraparte de una ventaja injusta. Esta es la idea abonada por la doctrina más autorizada³¹ a pesar de que de una lectura más obvia del artículo 1302.3 CC pareciera derivarse otra idea (así, del tenor literal del artículo 1302.3 CC puede interpretarse que la exigencia de una situación de ventaja injusta queda limitada a los supuestos en los que se otorga legitimación para anular al prestador de apoyos, tal y

de los dos consentimientos (discapacitado y prestador apoyos), de modo que la falta de consentimiento de este último es lo que puede dar lugar a la nulidad allí regulada.

²⁸ PEREÑA VICENTE, 2021, pp. 234-235.

²⁹ Según PEREÑA VICENTE (2022, pp. 165-167), el legislador se oscila entre un movimiento pendular entre la voluntad y el interés del discapacitado.

³⁰ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, p. 650. Con relación a las medidas a que hace referencia el art. 1302.3 CC, surge la duda de si podrían considerarse medidas de apoyo establecidas las que se vienen prestando de manera informal a través de la guarda de hecho. Así, puede entenderse que entrarían en el supuesto de hecho de esta causa de anulabilidad el caso en el que existiese un contratante con discapacidad que viene siendo asistido, aunque informal, por un guardador de hecho, que le presta la medida de apoyo y que ha prescindido de la misma en el momento de contratar. Entendemos, pues, que las «medidas provistas» a las que alude el artículo 1302.3 CC comprenden, también, las informales [así, GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO (2022, p. 659) y VÁZQUEZ DE CASTRO, ESTANCONA PÉREZ (2022, p. 228)].

³¹ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO (2022, p. 654) entienden (y con quiénes coincidimos) que el enunciado del 1302.3 CC, segundo párrafo, debe entenderse aplicable también en el primer párrafo, es decir, no debe limitarse al caso en el que quien inste la anulabilidad sea quien hubiera debido prestar el apoyo, sino también cuando lo haga la persona con discapacidad. En otro sentido, RUIZ-RICO RUIZ (2022, p. 88) –y atendido el tenor literal del artículo 1302.3 CC–, se muestra partidario a favor de abrir una vía impugnatoria ante la «previsible y seguramente frecuente actitud de la contraparte de aprovecharse de la insuficiencia de experiencia, ignorancia o en general de la dificultad del discapacitado de valorar el alcance de lo que firma o consiente», con independencia de que se le hayan nombrado o no medidas de apoyo.

como se describe en el segundo párrafo del numeral tercero del artículo 1302 CC)³².

Esta misma línea coincidiría con lo que recoge el prelegislador catalán en la proyectada reforma de su Código civil. El borrador de anteproyecto de ley de modificación del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas al que se ha podido tener acceso incorpora una regla según la cual el acto jurídico realizado sin el apoyo formal establecido puede ser impugnado por quien ejerce las funciones de apoyo, la persona concernida y las que la sucedan. Señala Ribot Igualada que la norma debe ser matizada desde un doble punto de vista: por un lado, porque la mera falta de apoyos no permite limitar la capacidad jurídica de la persona que contaba con ellos; por el otro, porque es posible que la medida de apoyo establezca medidas de garantía (excepcionales) que incidan automáticamente sobre la eficacia de las facultades dispositivas de la persona concernida³³. A estos casos, dice el autor, debe ir dirigida la norma. Es decir, la regla quedaría limitada a los supuestos de la asistencia representativa. En el caso catalán una norma como la del artículo 1302.3 CC, segundo párrafo, resultaría redundante ya que el Código civil de Cataluña (CCCat) contiene una disposición de alcance general relativa a la ventaja injusta, no limitada a los contratantes con discapacidad. Pero es que, además, y en la idea apuntada por Ribot Igualada, la única posibilidad de anular el contrato –si finalmente el texto sigue adelante– celebrado por las personas con discapacidad quedaría limitada a los supuestos en los que el apoyo tuviera facultades representativas. Para el resto de los casos debería acudir al remedio tuitivo de aplicación general contemplado por el artículo 621-45 CCCat³⁴.

En resumen, constatamos que el artículo 1302.3, primer párrafo, a pesar de lo establecido por la letra de la norma y, en consonancia con la reforma proyectada, el sentido de la CDPDNY y

³² En este sentido, RUIZ-RICO RUIZ (2022, pp. 79-80) ha manifestado que el legislador hubiera podido acoger la rescisión por lesión genérica cuando el discapacitado hubiera vendido, enajenado o arrendado por sí solo, a título oneroso, un bien de su propiedad a un tercero. Alternativamente, dicho autor también entiende que el legislador debiera haber permitido anular el contrato cuando se pudiera demostrar que la otra parte, además de la lesión, se aprovechó de dicha situación o de su ignorancia o inexperiencia para la celebración de un contrato más ventajoso para sus intereses. Bajo nuestro punto de vista, el primer párrafo del 1302.3 CC necesariamente ya exige una situación de ventaja injusta.

³³ RIBOT IGUALADA, 2022, pp. 185-186.

³⁴ En el caso del Código civil, la ineficacia que acarrearía un contrato celebrado por la persona con discapacidad que tenga, excepcionalmente, asignada una medida de apoyo con carácter representativo no aparece resuelta en el texto actual aunque autores como RUIZ-RICO RUIZ (2022, p. 87) apuestan por la ineficacia total o nulidad y no por la ineficacia relativa o anulabilidad que es la acogida por el prelegislador catalán, según lo que hemos dicho más arriba en el texto.

por lo dicho por la doctrina más autorizada³⁵ debería ir acompañado, en cualquier caso, de la exigencia de una situación de ventaja injusta en la otra contraparte para que prosperara la acción de anulación³⁶.

1. EL ARTÍCULO 1302.3 CC Y LAS MEDIDAS PALIATIVAS: NUEVOS ESCENARIOS DE PROTECCIÓN *AD HOC* DE LA PARTE DÉBIL DEL CONTRATO

El artículo 1302.3 CC abre la puerta a la anulabilidad de los contratos celebrados por las personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo que eran precisas. Como hemos visto, la exigencia de ventaja injusta en la contraparte ha sido advertida por la doctrina más autorizada (García Rubio y Varela Castro) y consideramos, también, que es la interpretación más adecuada que merece el precepto.

Asimismo, y con relación a dicho precepto, como ya se ha dicho, cabrá ver si la medida de apoyo era precisa para el supuesto concreto, y se decidirá por los tribunales ante los cuales se presente la demanda de anulación. Es decir, la primera parte del artículo 1302.3 CC se incardina en la línea del reformado artículo 56 CC (si bien dicho artículo no fue reformado por la LRAPD).³⁷ Así, este último artículo señala que se podrán recabar los apoyos que sean necesarios para facilitar la emisión, interpretación y recepción del consentimiento matrimonial del o los contrayentes con discapacidad. Además, la exigencia de dictamen médico tendrá carácter excepcional y deberá ser objeto de una interpretación estricta limitada a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afectara de forma evidente e impeditiva, aún proporcionados los apoyos, a la capacidad para prestar consentimiento³⁸. Por lo tanto, el sentido del artículo 56 CC determina la necesidad de ver caso por caso si el contrayente tenía o no capacidad para emitir un consentimiento matrimonial. Esta idea *ad hoc* debe ser trasladada, también, en el ámbito del artículo 1302.3 CC, a la que deberá sumarse la necesi-

³⁵ GARCÍA RUBIO, 2022, p. 629, y GARCÍA RUBIO, 2022b, p. 346.

³⁶ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO (2022, p. 646) señalan el reto del legislador aquí de hacer conciliable el nuevo concepto de discapacidad con un régimen contractual que no discrimine a las personas con dificultades para tomar decisiones por razón de dichas discapacidades, pero al mismo tiempo tampoco puede dejarlas al albur de eventuales abusos de terceros.

³⁷ Sobre la capacidad para contraer matrimonio de las personas con discapacidad, véase especialmente, GÓMEZ VALENZUELA, *RDC*, 2022, pp. 209-229.

³⁸ Véase, también, la resolución-circular de 23 de diciembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación del artículo 56 del Código Civil, relativo a la forma de celebración del matrimonio.

dad de que se den los presupuestos de la ventaja injusta que se analizarán en el siguiente epígrafe³⁹.

Es decir, tal y como el notario (o el Letrado de la Administración de Justicia, el Encargado del Registro Civil o el funcionario que tramite el acta o expediente) –en el caso del artículo 56 CC– examinará caso por caso si es necesario el apoyo para prestar el consentimiento o si se requiere un dictamen médico, la valoración judicial de si procede la anulabilidad del contrato celebrado por una persona con discapacidad sin las medidas de apoyo previstas dependerá del caso concreto o del negocio para el cual se manifiesta la voluntad de la persona concernida y de las circunstancias concurrentes⁴⁰.

En definitiva, observamos que este primer párrafo del artículo 1302.3 CC pertenece al ámbito de estas normas que persiguen una protección más concreta del contratante que la merezca; es decir, el contratante con discapacidad no necesita, desde la reforma, ningún complemento de capacidad. Cabrá ver si en el presupuesto concreto eran precisos los apoyos para la emisión del consentimiento exacto y válido (es decir, si se había previsto que para el supuesto concreto el apoyo era necesario/preferible para emitir un consentimiento, en la línea del artículo 56 CC, sin que eso presuponga que sólo será válido si se emite junto con el apoyo, lo que ya hemos dicho que atentaría contra el sentido general de la reforma⁴¹) y, además, como se ha subrayado, no bastaría; la omisión del apoyo debería ir unida a la obtención por la contraparte de una ventaja injusta. La interpretación literal del primer párrafo, descontextualizada del objetivo y del cambio de paradigma establecido por la reforma conllevaría contradecir uno de los principios del Convenio, cual es el que la provisión de apoyos no es un requisito indispensable para la prestación del consentimiento válido. Además, otra lectura recabaría en una excesiva tuición del contratante

³⁹ Esta misma línea de protección ajustada al caso concreto se recoge en el preámbulo de la LRAPD con relación a la figura de la guarda de hecho cuando se señala que «para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias». El preámbulo es revelador de esta idea de protección *ad hoc* cuando señala que «el valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela. Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta».

⁴⁰ Sin embargo, y a diferencia del notario, el juez no participa en el proceso de formación de la voluntad ni actúa como un verdadero apoyo.

⁴¹ Si bien, y así lo señala PEREÑA VICENTE (2022, p. 156) el modelo planteado por el preámbulo va mucho más lejos que el del texto del articulado.

con discapacidad que no casa del todo bien con el objetivo del nuevo articulado.

Como incidiremos en las conclusiones, la introducción de una norma de alcance general como es la ventaja injusta (así ha sido en el caso del texto catalán) no reservada exclusivamente para los contratos celebrados por personas con discapacidad (presupuesto del artículo 1302.3, segundo párrafo CC)⁴² hubiera hecho redundante una norma como la contenida actualmente en el Código civil. Es decir, la tendencia que muestra el derecho contractual actual, orientado a criterios de justicia contractual⁴³, plantea opciones tuitivas de aplicación abstracta que persiguen el equilibrio de dos principios latentes en el Derecho de contratos: el de la autonomía de la voluntad y el de la solidaridad contractual. Esta tendencia, además, debería relegar en un segundo plano la introducción de normas *ad hoc* de protección en un escenario concreto (el de la contratación con contratantes con discapacidad con o sin medidas de apoyo, por ejemplo)⁴⁴. Sin embargo, y *de lege lata*, la interpretación más coherente que merece el artículo 1302.3 CC es la que aúna una protección *ad hoc* según el caso concreto en función de la relevancia del apoyo (cuando este fuera preciso, en la línea del ya citado art. 56 CC) y la obtención de la ventaja injusta por la contraparte.

2. LA INTRODUCCIÓN DE LA VENTAJA INJUSTA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE CON DISCAPACIDAD

En las siguientes líneas procederemos al examen de la figura de la ventaja injusta: abordaremos sus orígenes en el Derecho contractual europeo y sus líneas principales para fijarnos en la singulari-

⁴² GARCÍA RUBIO, 2022b, p. 352.

⁴³ COLLINS, *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2003, p. 678; HONDIUS, *Journal of Consumer Policy*, 2004, p. 246. También, CARO GÁNDARA, 2013, pp. 87 y 88.

⁴⁴ Así lo señala RUBIO GIMENO (2021, p. 177) quien además afirma que «en el contexto de esta nueva ética de los contratos, fruto de una determinada política legislativa que empieza a tener muestras en el derecho positivo, puede resultar redundante la citada protección *ad hoc* que se dispense en atención a un desequilibrio situacional concreto –lo serían las previsiones tuitivas del artículo 231-20 o del artículo 233-5.2 CCCat–, en efecto, si la respuesta que ofrecen las disposiciones generales ya se orienta a la obtención del mismo resultado, cual es el de tender a que cualquier contrato sea el producto de una voluntad libre, informada y reflexiva, que permita alcanzar un equilibrio contractual sustantivo, los remedios institucionales resultan redundantes». Ello sería así en el CCCat, y por ello el anteproyecto citado limita los supuestos de anulabilidad del contrato celebrado por la persona con discapacidad a la asistencia representativa (pues el CCCat sí que dispone de una aplicación general de la figura de la ventaja injusta ubicada en la sección relativa al contrato de compraventa). Ello no es así en el Código civil, por ello abogamos por la introducción de una norma de aplicación abstracta y no focalizada en una clase tal y como es la del artículo 1302.3 CC.

dad de su introducción en sede de nulidad relativa de los contratos celebrados por contratantes con discapacidad en el Código civil. Huelga decir aquí que nos centraremos en la introducción de la figura en la contratación entre particulares, es decir, no analizaremos la protección dispensada por el ordenamiento a la figura del consumidor (con discapacidad)⁴⁵.

2.1 El presupuesto de la ventaja injusta: voluntad libre e informada; ¿y reflexiva?

La figura de la ventaja injusta tiene sus antecedentes en la *gross disparity* o excesiva desproporción que aparece regulada por primera vez en el artículo 3.10 de los Principios UNIDROIT (en adelante, PICC), en la versión del año 1994 (y en el art. 3.2.7, en las versiones de 2010 y de 2016)⁴⁶. Nos detendremos brevemente en el origen de la figura para delimitar sus características principales y ver cuál ha sido su encaje en la nueva regulación operada por el artículo 1302.3 CC, segundo párrafo.

La figura de la excesiva desproporción quedó consolidada en el artículo 3.10⁴⁷ de los PICC (en la versión de 2004 el artículo relati-

⁴⁵ Vemos que, en el CCCat, ya se introduce una norma con relación a ello (621-45.2 CCCat).

⁴⁶ Fue en el año 1968, con ocasión de la celebración de los 40 años de la fundación del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), cuando surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales. En 1971, el consejo de gobierno de UNIDROIT incluyó en su agenda la preparación de unos principios generales del derecho de los contratos [«essai d'unification portant sur la partie générale des contrats (en vue d'une Codification progressive du droit des obligations "ex contractu")»], una comisión formada en un principio por los Profs. David, Schmitthoff y Popescu. El objetivo inicial era la elaboración de un *Restatement* internacional de principios generales del Derecho contractual, no vinculantes. No fue hasta el año 1980 cuando se llegó a crear un grupo de trabajo más amplio (destacan, entre otros, los Profs. Di Majo, Drobnig, Farnsworth, Hartkamp, Lando o Tallon), grupo que se fue ampliando en los años siguientes. En 1994 se materializaron los Principios UNIDROIT; en 2004 se publicó una segunda edición, añadiéndose nuevos capítulos y reformando algunos artículos y la tercera edición vio luz en 2010, cfr. BONNELL, 1994, pp. 1-24. El ámbito de aplicación de los PICC queda limitado a los contratos mercantiles internacionales, pero esta limitación no pretende apoyarse en la tradicional distinción que, en algunos sistemas jurídicos, existe entre el carácter civil y mercantil de las partes y/o negocios jurídicos. El propósito era excluir las operaciones de consumo que en algunos ordenamientos se regulan a través de normas especiales, cfr. Díez PICAZO, ROCA TRIAS, MORALES MORENO, 2002, pp. 82 y 83. La versión del año 2016 de los PICC puede encontrarse aquí: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>.

⁴⁷ Artículo 3.10 (*Gross disparity*) en INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, 1993, pp. 13 y 14:

«(1) A party may avoid a contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among others, to

a) The fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and

vo a la *gross disparity* era el 3.10) desde la doble vertiente de justicia material y procedimental⁴⁸. Deviene necesario hacer una distinción previa entre la noción de justicia sustantiva y de justicia procedimental que nos ayudará a entender, en un análisis posterior, la naturaleza autónoma de la institución de la ventaja injusta. Esta clasificación, propia de la doctrina norteamericana⁴⁹, incide en la distinción entre la *procedural unconscionability* y la *substantive unconscionability*⁵⁰. La doctrina de la *unconscionability*, presente en la sección 2-302 del *Uniform Commercial Code*, permite al juez anular el contrato que incluya cláusulas desproporcionadas o injustas o conservarlo sin la cláusula que se califique como *unconscionable*⁵¹. La *unconscionability* norteamericana es el equivalente funcional a la ventaja injusta del Derecho contractual europeo^{52,53}. La distinción entre la vertiente material o sustantiva de la *unconscionability*, relativa al desequilibrio o inequidad del contrato en el momento de su conclusión⁵⁴, y la procedimental, que considera que la mera desproporción entre las prestaciones, por muy exagerada que sea, no es suficiente, por sí misma, para impugnar la validez o eficacia del contrato, y que centra su atención en los vicios producidos en el proceso de formación del consentimiento del con-

b) The nature and purpose of the contract.

(1) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing.

(2) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has relied on it. The provisions of Article 3.13 (2) apply accordingly».

⁴⁸ KRAMER, 1997, p. 164.

⁴⁹ Destacan POSNER, *Journal of Legal Studies*, 1995, pp. 283-319; SPEIDEL, *University of Pittsburgh Law Review*, 1969, pp. 359-375; EISENBERG, *Michigan Law Review*, 2009, pp. 1413-1430; EISENBERG, *Harvard Law Review*, 1982, pp. 741-801; FULLER, EISENBERG, 1996, pp. 61-83; SHIFFRIN, *Philosophy & Public Affairs*, 2000, pp. 205-250.

⁵⁰ En la distinción es relevante el trabajo de LEFF (*University of Pennsylvania Law Review*, 1967, p. 487), relacionando la figura con el proceso de contratación (*procedural unconscionability*) y con el resultado del contrato (*substantive unconscionability*).

⁵¹ Véase un estudio extenso sobre los orígenes y evolución de la figura jurídica de la *unconscionability* en DEUTCH, 1977, pp. 42 ss.

⁵² HESSELINK, *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, 2013, p. 3.

⁵³ Especialmente para el Derecho privado europeo, KENNY, DEVENNEY, FOX O'MAHONY, 2010, p. 1. En el contexto español, BARRAL-VIÑAS (2010, pp. 46-61) señalando la buena fe en el ordenamiento jurídico español como instrumento paralelo a la *unconscionability*.

⁵⁴ Aunque la medida precisa de la *substantive unconscionability* no queda determinada específicamente, como sí sucede, por ejemplo, en la *laesio enormis*. En la *unconscionability* se dice que la desproporción puede ser «*overly harsh*», «*one-sided*», «*so one-sided as to be oppressive*», «*unreasonably favorable to the drafter*», o «*shocks the conscience*», cfr. KOROBKIN, *The University of Chicago Law Review*, 2003, p. 1273.

trato o en la conclusión del mismo⁵⁵, se halla en la obra de LEFF⁵⁶ y es citado por la doctrina americana más relevante que ha estudiado el tema de la *unconscionability*⁵⁷. De aquí extraemos la división entre justicia sustantiva y procedimental. Normas como la rescisión por lesión, que afectan al objeto de las prestaciones, son propias de la justicia sustantiva, así como lo son, también, las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Por otra parte, las normas relativas a los vicios del consentimiento se comprenden desde la justicia procedimental, ya que afectan al proceso de formación del contrato⁵⁸. Veremos que la ventaja injusta se encuentra a caballo entre estas dos concepciones de la justicia que se observan en los distintos elementos objetivos y subjetivos de la figura.

Así, los aspectos relativos a la cuestión sustantiva de la ventaja injusta vienen determinados por la noción de beneficio excesivo que acaba por traducirse en un desequilibrio notorio entre las prestaciones de las partes. En otro sentido, las cuestiones que denotan un estado potencial de debilidad [por ejemplo, la figura de la ventaja injusta en el artículo 621-45 del CCCat señala las siguientes: la relación de dependencia o de confianza entre las partes, la situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, la incapacidad para uno de los contratantes de prever las consecuencias de sus actos, o que una de las partes sea manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia (a la que podría añadirse, también, la situación de discapacidad ya que el artículo no se define por el *numerus clausus*)] configuran, así, los aspectos procedimentales de este instrumento. Sin embargo, la *gross disparity* (excesiva desproporción) de los PICC pone el acento en el elemento objetivo de la figura. Ello no es así en la figura homónima de los Principios de Derecho contractual europeo (en adelante,

⁵⁵ La *procedural unconscionability* deriva de la injusticia en el proceso de contratación (*bargaining process*), EISENBERG, 2009, pp. 1415-1416.

⁵⁶ También puede verse un estudio sobre el origen y evolución de la figura de la *unconscionability* en: LEFF, 1967, pp. 484-559.

⁵⁷ EISENBERG, 1982, p. 741 *in fine*; considerando que la injusticia sustantiva no era suficiente para atacar la validez del contrato vid. EISENBERG (2009, p. 1413). Sigue el autor señalando que la distinción puede ser artificial porque la injusticia en el proceso sólo puede ser significativa si resulta en una desproporción excesiva, es decir, en una injusticia material. También, POSNER, 1995, pp. 283 ss.

⁵⁸ MOMBERG URIBE (2016, pp. 206-207) señala que, también en el entorno de la contratación online, la justicia procedimental —que se refleja en deberes de transparencia, por ejemplo, es insuficiente; se requiere, según el autor, algún grado de justicia sustantiva, como el que se establece en el artículo 3 de la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (Directiva 93/13), que examina la asimetría contractual entre las partes y el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

PECL)⁵⁹ o principios LANDO, «*unfair advantage*» (ventaja injusta) (tampoco en el art. II.-7:207 DCFR⁶⁰ ni en la norma catalana del art. 621-45 CCCat), ni lo era en el artículo 51 del CESL⁶¹, que significó el último estadio en la armonización del Derecho privado en Europa. Así, el artículo 4:109 PECL⁶², se asemeja más a la *undue influence* del *common law*, ya que el peso de la figura recae

⁵⁹ Toman el nombre de uno de sus propulsores, el prof. Ole Lando, cfr. LANDO, BEALE, 1995, pp. 1-268. Los PECL pretendían constituir el primer paso de la codificación europea en materia contractual y constituyeron el fruto de una ingente actividad comparatista. HONDIUS (1999, p. 101), consideraba que un *Restatement* en línea de los PECL podría actuar como un precódigo europeo de contratos. Los PECL, a diferencia de los PICC, no excluyen ser aplicados en contratos con consumidores, aunque limitan su ámbito de aplicación a la contratación en el seno de la Unión Europea. Véase, también, con relación a la conexión entre los PICC y los PECL, LANDO, *ERCL*, 2005, pp. 3-18.

⁶⁰ El Parlamento Europeo, a partir de la segunda mitad de la década de los años ochenta, formuló la necesidad de codificar el Derecho privado comunitario. Poco a poco, este proyecto codificador fue diluyéndose hacia proyectos menos ambiciosos como el de facilitar una coherencia del acervo comunitario a partir de la formulación de sendos principios, *definiciones* o reglas relativas a aspectos comunes a todo el *acquis*, especialmente en material contractual (PECL y Marco Común de Referencia o CFR, este último por sus siglas en inglés). Sobre la relación de relevo o absorción entre los PECL y el CFR véase el estudio de GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2009, p. 166 ss. En cuanto a los resultados más notorios del propósito sostenido y general de armonización del Derecho contractual europeo, identificamos el trabajo desempeñado por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos – conocida como Comisión Lando– que dio lugar a la publicación entre 1997 y 2002 de las tres partes de los Principios de Derecho Contractual europeo (PECL), [LANDO, BEALE (2000)]. También existen otras iniciativas de índole académica destacadas como la surgida de la *Accademia dei Giusprivatisti Europei de Pavia*, promovida por el Prof. Giuseppe Gandolfi, que en 2001 dio lugar a la publicación del Anteproyecto de un Código Europeo de los Contratos [GANDOLFI, (2004, p. 1-1010)]. Así, bajo el patrocinio de la Comisión Europea y fruto de los trabajos preparatorios del Marco Común de Referencia, se prepararon los Principios de Derecho contractual comunitario de los Grupos de Trabajo *Study Group* (dirigido por el Prof. Christian Von Bar) y *Acquis Group* (dirigido por el Prof. Schulte-Nölke) [cfr. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, CLIVE (2009, pp. 1-1010)] que finalmente absorbieron el trabajo desempeñado por la Comisión Lando, complementados por los «Principes directeurs» redactados por la *Association Henri Capitant* y la *Société de Législation Comparée* [FAUVARQUE-COSSON, MAZEAUD, (2008)]. Finalmente, se publicó a raíz de todos estos trabajos y por un grupo de expertos el *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*. Véase SCHULZE, STUYCKE, 2011, pp. 3-8. El DCFR fue posteriormente filtrado en el *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*, contenido en esta edición, en las pp. 217-279. El artículo 48 del *Feasibility*, que reproduce el II.-7:207 DCFR, incorpora el precepto relativo a la explotación injusta.

⁶¹ La regla del artículo 51 del CESL sobre la *unfair exploitation* se postulaba claramente como un vicio del consentimiento y se alejaba, en este sentido, de la configuración de la *gross disparity* de los PICC, cfr. PFEIFFER, 2012, p. 279: «Art. 51 and art. 3.2.7 UNIDROIT PICC are rather similar, although there are two main differences. Firstly, art. 3.2.7 UNIDROIT PICC is phrased as a rule on gross disparity not on exploitation. Gross disparity may also be dealt with by rules on immorality, which is left to national law by the CESL...»

⁶² Véase el artículo 4:109 PECL, *Excessive benefit or Unfair Advantage*:

(1) «A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

a) It was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and

The other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit».

en la situación del contratante que le impide desarrollar con plenitud su libertad contractual, que se combina con la ventaja obtenida injustamente por la otra parte⁶³.

En efecto, el artículo 4:109 PECL sitúa el punto de atención en la injusticia procedimental: la posibilidad de que una parte pudiera liberarse de un contrato que le resulte desventajoso, sin advertirse la razón concreta por la que no se ocupó mejor de sus intereses al aceptarlo, crearía demasiada inseguridad. Por tanto, solo deben protegerse aquellos casos en que una de las partes pueda justificar que había alguna debilidad, discapacidad o necesidad que justifiquen lo ocurrido⁶⁴.

Este maridaje de justicia procedimental y material lo observamos en el Código civil del Québec (art. 1406) y también aparece enunciada en los §31, §33 y §36⁶⁵ del *Nordic Contract act*.

La naturaleza jurídica propia de esta figura combina pues elementos de la justicia procedimental relacionados con la formación de la voluntad y los vicios del consentimiento, y elementos que podemos denominar objetivos, vinculados al resultado del contrato, que tienen un antecedente claro en la concepción medieval de la *laesio enormis*. Sin embargo, a diferencia de la lesión, la *gross disparity* o el elemento objetivo de la ventaja injusta no se limita al precio sino que la excesiva desproporción puede darse en otros elementos del contrato. La injusticia sustantiva o material viene referida, pues, al resultado económico del contrato: requiere que el contrato provoque una situación de ventaja excesiva o gravemente injusta a favor de una de las partes contratantes⁶⁶. Este requisito, que denominaremos como elemento objeti-

Sobre la absorción de los PECL en el DCFR, véase STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, CLIVE, 2009, p. 15: «How the DCFR relates to the PECL, the SGEEC PEL Series and the Acquis Group Series. In Books II and III the DCFR contains many rules derived from the Principles of European Contract Law (PECL). These rules have been adopted with the express agreement of the Commission on European Contract Law, whose successor group is the Study Group (...) However, the PECL could not simply be incorporated as they stood. Deviations were unavoidable due to the different purpose, structure and coverage of the DCFR and in part because the scope of the PECL needed to be broadened so as to embrace matters of consumer protection».

⁶³ MORALES MORENO, 2003, p. 389.

⁶⁴ LANDO, BEALE (edición española a cargo de BARRES BENLLLOCH, EMBID IRUJO, MARTÍNEZ SANZ, 2003, p. 376). También, MORALES MORENO, 2006, pp. 319-321.

⁶⁵ §36 *Nordic Contract Act*:

«A contract can be amended or held unenforceable, in whole or in part, if enforcement would be unreasonable or contrary to accepted standards of fair dealing.

In making the determination referred to in paragraph 1, consideration shall be given to circumstances at the time of contracting, the content of the contract and circumstances which have latter occurred».

⁶⁶ Nótese que los PICC hacen referencia a la obtención de un beneficio excesivo, mientras que los PECL y el DCFR anotan, también, la situación de ventaja gravemente injusta.

vo, está determinado por la desproporción excesiva entre las prestaciones, producto de esta explotación de una de las partes de las circunstancias de la otra (en el supuesto de la reforma, de la situación de discapacidad sin los apoyos establecidos). Según se señala en los comentarios oficiales de los PICC, para que se pueda anular o adaptar el contrato (la norma catalana, por ejemplo, asume dos remedios: la rescisión y la adaptación del contrato, *ex* art. 621-47.2; en el caso del Código civil, se apuesta por la anulabilidad) no es suficiente una desproporción sustancial entre el intercambio de prestaciones sino que lo que se requiere es que el desequilibrio del contrato sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, que resulte escandaloso para una persona razonable⁶⁷. No se plantea una referencia aritmética (como la propia de los contratos lesivos p. ej, art. 321 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, art. 621-46 del CCCat, art. 1448 del *Codice* italiano, §934 y §935 del Código civil austríaco o el art. 1674 del *Code*)⁶⁸. Existe un espacio de explotación o ventaja injusta que coincidirá, necesariamente, con una explotación (conducta) justa: la injusticia o justicia de la conducta coincide con la existencia o no de explotación injusta (institución). Ello es especialmente relevante en los negocios jurídicos con causa onerosa, en los que el ejercicio de negociación de las partes puede llevar a que una de ellas salga más beneficiada que la otra por el contrato⁶⁹. La explotación justa (institución) se observa, también, tras la adaptación del contrato que reduce la explotación injusta a justa en el ordenamiento catalán [p. ej, art. 621-47 a) CCCat]. Por lo tanto, con relación a la reforma operada por la LRAPD, necesariamente la referencia a la ventaja injusta conllevará implícita una lesión –económica– o una ventaja manifiestamente injusta. Es decir, la impugnación con éxito del contrato celebrado por una persona con discapacidad prescindiendo de los apoyos vendrá condicionada por las posibilidades de probar la existencia de una

⁶⁷ Originariamente el redactado del artículo en los PICC era «so great to shock the conscience of the court», y se substituyó por «reasonable person»: INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: «Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law», Report on the 2nd Session of the Study Group held in Rome from 5 to April 1982 (prepared by the Secretariat of UNIDROIT), Rome: June 1982, UNIDROIT 1982, Study L-Doc. 22, p. 11. El criterio de la razonabilidad (p. ej, art. I-1:104 DCFR y art. 5 CESL) como estándar ético objetivo de conducta ha sido estudiado, entre otros, por TOMÁS MARTÍNEZ, *RDC*, 2015, pp. 57-103.

⁶⁸ BARCELÓ COMPTE, 2017, p. 277.

⁶⁹ BADOSA COLL, 2014-2016, pp. 395-396.

ventaja injusta (como elemento objetivo que definiremos más adelante) y los dos elementos subjetivos que describe la norma (el abuso de la situación y el hecho de que la parte que sale beneficiada era concedora de la situación de discapacidad y de las medidas de apoyo precisas para contratar)⁷⁰. Habrá situaciones en las que un contrato celebrado por una persona con discapacidad sin el apoyo preciso no redundará en una situación de ventaja injusta (elemento objetivo) en la contraparte o esta no se habrá aprovechado de la ausencia de medidas de apoyo en el contratante con discapacidad y, por lo tanto, el contrato debería mantener su eficacia ya que la norma exige la concurrencia de los tres elementos: el elemento objetivo relativo a la desproporción y los dos elementos subjetivos: la situación de debilidad, que el presupuesto de la reforma limita a la prescindencia de las medidas de apoyo, y el aprovechamiento de tal ausencia en la contraparte.

La pregunta que nos planteamos es cuál es el límite de la ventaja injusta; es decir, en qué medida la obtención de una ventaja pasa de justa a injusta. En el caso de la norma catalana se podría proponer la referencia a la mitad del valor entre las prestaciones intercambiadas que es la referencia aritmética que utiliza el legislador con relación a la lesión en más de la mitad del artículo 621-46 CCCat⁷¹. En el caso del Código civil, podría utilizarse, también, la referencia de la mitad a la que alude del artículo 1575.1 CC («El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos, por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario»)⁷². La fijación de una cuantía se ha de realizar partiendo del valor de las cosas objeto del contrato, relacionando con él lo que se da o se recibe a cambio, con el fin de establecer si la proporción excede o no de la mitad⁷³. Cabe señalar aquí que en el marco del Código civil la exclusión general de la rescisión por lesión en general (arts. 1290 ss.) determina una

⁷⁰ Por lo que es evidente que son las circunstancias de la contraparte y no el hecho de que la persona con discapacidad contrató sin el apoyo las que legitiman la anulación del negocio; de no concurrir la ventaja injusta en las condiciones señaladas, el contrato, aun celebrado sin el apoyo, será válido y eficaz, cfr. GARCÍA RUBIO, 2022 c, p. 61.

⁷¹ BARCELÓ COMPTE, 2019, p. 159.

⁷² En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2015, p. 366). Otros autores como EISENMÜLLER (*ERCL*, 2015, pp. 220-228) propugnan el establecimiento del límite del 50%. En el contexto catalán, la referencia al 50% se encuentra en el artículo 621-46 del CCCat, relativo a la lesión en más de la mitad.: «el valor de mercado de la prestación que recibe es inferior a la mitad del valor de mercado de la prestación que realiza».

⁷³ ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, 2022, p. 517.

aparición de innecesaria equivalencia entre las prestaciones intercambiadas por las partes⁷⁴.

En el Código civil, los contratos onerosos sobre bienes inmuebles no son, por regla general, rescindibles por razón del precio, más o menos lesivo, fijado a cambio del bien inmueble. Los supuestos de rescisión que enumera el Código son distintos entre ellos pero en todos existe el perjuicio económico, derivado de la propia estructura del intercambio (*ex arts. 1291.1 y 2 CC*); o que supone un detrimento para la solvencia de uno de los contratantes (dificulta la cobrabilidad del crédito a alguno de los acreedores *ex art. 1291.3*) o como mecanismo para proteger la oposición de un litigante (*art. 1291.4 CC*)⁷⁵. Constatamos, pues, que el codificador estatal establece de modo contundente el carácter excepcional de la rescisión por lesión en sentido estricto, esto es, aquella que toma como punto de partida un precio considerado justo, sin que sea necesario que concurran circunstancias subjetivas en uno de los contratantes para que triunfe la ineficacia del contrato por lesión económica⁷⁶.

Sin embargo, la introducción de la ventaja injusta en el artículo 1302.3 CC supone un cambio de paradigma con relación a la reticencia del legislador a la valoración de la justicia material del contrato. Considerado todo ello en su conjunto y como exponremos al final del artículo, hubiera sido plausible y oportuno la integración e incorporación de una norma con alcance general de protección del contratante débil: una norma que contemplara el equilibrio del contrato y la correcta formación de la voluntad contractual, tal y como se observa en el artículo 621-45 CCCat; dicha norma aún el presupuesto típico de la causa onerosa – ya que se fundamenta en el objeto del contrato– y protege, a la vez, una libre formación del consentimiento contractual. Este es el presupuesto

⁷⁴ Señala CARRASCO PERERA (2015, p. 203), que el ordenamiento jurídico español no requiere conmutatividad y niega la justicia contractual material como condición de validez inicial de los contratos.

⁷⁵ La rescisión del artículo 1291.1 CC se refiere a los actos realizados por el curador con facultades de representación sin la debida autorización necesaria, aunque la misma sólo prosperará si la contraparte no actuara de buena fe (*ex art. 1295 CC*). CARRASCO PERERA (2021, p. 4) opina que se hubiera podido aprovechar la ocasión para declarar rescindibles, también, los contratos celebrados por el discapacitado con asistencia de apoyos no representativos que fueran lesivos en una cuarta parte. Con relación a la rescisión por lesión en el Código civil y la pugna entre el justo precio y la libertad de mercado, véase LINACERO DE LA FUENTE, 2019, pp. 43-46.

⁷⁶ Señalan VÁZQUEZ DE CASTRO, ESTANCONA PÉREZ (2022, p. 258) que esta acción no es de uso muy habitual en la práctica, a parte del carácter subsidiario de la acción, si se tiene en cuenta la enorme amplitud de supuestos para los que el curador requerirá autorización judicial bajo la amenaza de nulidad radical (*art. 287 CC*). Prácticamente cualquier contrato del que pueda resultar una lesión para la persona con discapacidad representada se encontrará incluido en el listado del artículo 287 CC. En consecuencia, será más sencillo acudir a una acción de nulidad que a una rescisoria.

último de la ventaja injusta: la emisión de una voluntad libre, informada y reflexiva.

2.2 Ventaja injusta: de la lesión económica al vicio de la voluntad. La cuestión relativa a su encaje sistemático en el Código

Tal y como hemos avanzado en el epígrafe precedente, la ventaja injusta es una figura compuesta por tres elementos que la tipifican y que persigue lograr el reequilibrio mediante la resolución del contrato o la adaptación⁷⁷. Aunque ya hemos avanzado la singularidad de la figura y los elementos que la componen, procederemos a detallar las singularidades de la misma en las líneas que continúan⁷⁸.

– Lo que podemos calificar como el elemento objetivo de la ventaja injusta es la excesiva desproporción o el beneficio excesivo que obtiene una de las partes⁷⁹. Esta referencia material es precisamente la que aleja nuestra figura de *la undue influence* del derecho inglés ya que en esta última la desproporción económica puede o no existir y ello dependerá del caso concreto⁸⁰. Apuntado esto, cabría señalar como punto de partida del beneficio excesivo la noción de valor de mercado con el fin de establecer cuándo existe o no desequilibrio de orden económico entre las prestaciones intercambiadas por las partes. Es decir, el beneficio excesivo resultado de la abultada disparidad de valores entre lo que las partes se intercambian puede compararse con el valor de mercado⁸¹. Entendemos que lo que quiere indicar la expresión de beneficio excesivo es que la diferencia entre el valor de las prestaciones debe ser chocante, flagrante, anormal, y dicha anormalidad puede obtenerse de una comparativa con el valor de mercado⁸². Así, y en aras a facilitar la

⁷⁷ Con relación al remedio singular de la adaptación, véase BARCELÓ COMPTE, 2019, pp. 213-233.

⁷⁸ Con carácter general, véase GÓMEZ CALLE, 2018, pp. 160-176.

⁷⁹ Por su parte, Badosa, y en relación con el DCFR, lo define como aquel resultado que «s'examina en l'onerositat quan la relació prestació i contraprestació és desequilibrada en favor d'un contractant. És un resultat derivat del contracte», BADOSA COLL, 2014-2016, p. 398.

⁸⁰ INFANTE RUIZ, RDC, 2021, p. 6.

⁸¹ Nótese que, sin embargo, la noción de valor de mercado no considera la de valor afectivo; por ejemplo, A decide comprar una plaza de estacionamiento situada en la propia finca; el vendedor de la plaza es, a su vez, vecino de la escalera y conoce que A reside allí. Lógicamente, A puede pagar un precio más alto por dicha plaza. El problema surgirá si el precio pagado fuera el doble del valor de mercado o notablemente excesivo.

⁸² Aunque la comparativa no siempre será con el valor de mercado. Piénsese en el ejemplo siguiente: X es una mujer, de avanzada edad, que debe hacerse cargo de la gestión del funeral de su hermano, fallecido recientemente. Decide contratar una funeraria para que gestione el funeral. El coste de la contratación del servicio funerario alcanza los 6000 euros; el ataúd con el que se enterró su hermano era de madera ecológica. En el momento

carga probatoria, nuestra propuesta (*de lege ferenda*) irá dirigida a establecer una presunción: cuando el desequilibrio tenga una medida superior a la mitad del valor de mercado de lo que es objeto de la prestación, podemos establecer una presunción *iuris tantum* de beneficio o ventaja excesiva⁸³. Si no se alcanza dicho umbral (que hemos propuesto de la mitad del valor entre las prestaciones intercambiadas), ello no significa que el contrato no pueda anularse, aunque será necesaria una mayor actividad probatoria. Es decir, debería probarse que existe tal ventaja excesiva (elemento objetivo). Ello no afecta al resto de requisitos exigidos pero, según desarrollaremos más adelante, la concurrencia de una desproporción excesiva deberá conducir a una exigencia rebajada de los requisitos subjetivos que analizaremos a continuación⁸⁴. Cabe señalar aquí, además, que la desigualdad entre las prestaciones puede ir más allá del valor económico⁸⁵: la ventaja puede derivar no sólo del precio final sino de un abuso importante por otras razones (puede referirse a la forma de pago o a las causas de resolución del contrato)⁸⁶. Es una ganancia externa que puede proceder de otras circunstancias como por ejemplo la calidad de los bienes o las posibilidades para los contratantes⁸⁷. Así, un contrato puede ser injusto para una parte que difícilmente puede permitírsele, aunque el precio no sea irrazonable⁸⁸. En resumen, un desequilibrio objetivo entre las prestaciones a las que ambas partes se obligan⁸⁹.

de la contratación, la Señora X se encontraba en un estado de debilidad; la muerte de su hermano era muy reciente y ella se dejó aconsejar por los encargados de la funeraria. En estos casos, la comparativa se establecería con el precio medio del servicio, no con el valor de mercado (porque un ataúd de madera ecológica puede costar lo que la señora X pagó por el de su hermano).

⁸³ GINÉS CASTELLET, *InDret*, 2016, p. 17. Así lo defienden, también, BOSCH CAPDEVILA, DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY, 2017, p. 204.

⁸⁴ A favor de orientar la solución del umbral aritmético hacia un sistema móvil en que se valoren ambos elementos (objetivo y subjetivos) y señalando que los mismos se encuentran en una relación de dependencia recíproca, estableciendo que si uno de los requisitos se cumple de forma muy destacada (por ejemplo, ambos elementos subjetivos), la exigencia de desproporción debería ser menor, y a la inversa: una desproporción grave entre prestación y contraprestación podría compensar una explotación de una situación de debilidad menor, MARTÍN CASALS (2009, pp. 524-527).

⁸⁵ BOSCH CAPDEVILA, 2012, p. 383.

⁸⁶ Que habrá que considerar que la ventaja no sea exclusivamente patrimonial lo señala, también, VÁZQUEZ DE CASTRO, ESTANCONA PÉREZ (2022, p. 235), apuntando dichos autores, además, que el uso del término «ventaja» también hace alusión a una conducta en la que ese contratante se ha valido de la discapacidad ajena para sacar provecho propio, aunque no resulte fácil medirlo en términos económicos.

⁸⁷ BADOSA COLL, 2014-2016, p. 398.

⁸⁸ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, CLIVE, 2009, p. 509.

⁸⁹ Algunos autores se han mostrado partidarios de permitir la acción rescisoria con la sola acreditación del perjuicio, es decir, del elemento objetivo, cfr. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, 2022, pp. 512-513. Ello sería permitir la rescisión por lesión de los contratos con personas con discapacidad, obviando el elemento subjetivo del aprovechamiento descrito por la norma.

– Los elementos que podemos denominar subjetivos que configuran la ventaja injusta son dos: el primero, el estado o situación de debilidad de una de las partes –en el caso de la LRAPD, el estado de debilidad es la prescindencia de las medidas de apoyo previstas y precisas para el contratante con discapacidad, lo cual lo hace más vulnerable– y el segundo, el abuso o la explotación de dicho estado de debilidad para obtener una ventaja injusta o un beneficio excesivo. Vemos, pues, una debilidad contractual preexistente en una de las partes no causada por la contraparte (en el caso del art. 1302.3 CC, la discapacidad y la existencia de medidas de apoyo) y un aprovechamiento de esta situación por esta última.

Con relación al primer elemento subjetivo relativo al estado de debilidad, como decimos, la reforma del Código civil de 2021 lo centraliza en la circunstancia de la discapacidad que tiene uno de los contratantes. Como señalaremos a posteriori, la reforma lo ha limitado a la situación de discapacidad porque no está regulada en el Código civil la figura de la ventaja injusta como causa autónoma de ineficacia contractual (a diferencia del CCCat que tiene regulada la ventaja injusta en sede del contrato de compraventa; también la Ley 21 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo incorpora la referencia a la influencia indebida, haciendo hincapié también en el elemento objetivo –«una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido»–). Seguramente la adopción de una figura como tal alojada como causa de ineficacia contractual general hubiera hecho innecesaria una norma como la del 1302.3 CC o su incorporación hubiera sido en otros términos (similar a la propuesta acogida en el anteproyecto catalán). De otro modo, se hubieran superpuesto ambas. Es decir, la adopción de un artículo como el 1302.3 CC, segundo párrafo, de carácter marcadamente tuitivo, junto con una figura de aplicación general, hubiera resultado redundante y, en consecuencia, podríamos hablar de una suerte de interferencia en la aplicación del remedio general de tuitión de la parte débil (junto con el remedio *ad hoc*)⁹⁰.

⁹⁰ En este sentido, la doctrina ya ha cuestionado que, en ocasiones, el legislador puede ser redundante en la protección *ad hoc* del contratante débil si la respuesta que ofrecen disposiciones generales ya se orienta a la obtención del mismo resultado; en nuestro caso, la institución de la ventaja injusta con alcance general haría redundante la norma del artículo 1302.3 CC. Así lo critica RUBIO GIMENO (2021, p. 177) con relación a las previsiones tuitivas del CCCat sobre pactos en previsión de futura ruptura y pactos fuera de convenio regulador regulados por los arts. 231-20 y 233-5.2 CCCat y la disposición general de la ventaja injusta.

Con relación al segundo elemento subjetivo, a ello volveremos en el siguiente epígrafe, pero avanzamos que se relaciona con el aprovechamiento por la contraparte de la circunstancia de debilidad (de la discapacidad y de la prescindencia de las medidas de apoyo, en el supuesto de la reforma).

Vista la naturaleza en el epígrafe precedente, cabe plantearnos cual hubiera sido el encaje de la misma si se hubiera apostado por una regulación general en el Código. La ubicación sistemática de la figura rebela su dificultad atendida la naturaleza compleja de la figura: podemos hablar de una suerte de vicio potencial, que impide que el consentimiento prestado por la parte débil sea del todo libre. Así, se distancia de los tradicionales vicios del consentimiento, ya que, en los supuestos de explotación o ventaja injusta, la parte beneficiada no ha creado ese contexto negocial ni ha contribuido a hacer más débil (en términos contractuales) a la otra parte. Es un determinado espacio contractual en el que se encuentra la parte perjudicada y en la que la otra no ha tenido ninguna intervención⁹¹. Podemos hablar de una suerte de actuación cuasi dolosa de la parte beneficiada en la perjudicada («cuasi dolo» o «seudo dolo»). La figura se enmarca en un fenómeno próximo a un vicio del consentimiento, pero constituye una causa autónoma de protección de la parte débil ya que exige una desproporción objetiva entre las prestaciones intercambiadas y por ello se sitúa entre un vicio de la voluntad y un vicio de la causa⁹². Con relación a lo último, ello se observa cuando la norma exige que una de las contrapartes haya obtenido un beneficio excesivo o una ventaja injusta: es este elemento objetivo el que sitúa la ventaja injusta en la sede de los negocios onerosos. Se relaciona con la causa onerosa, también, porque la finalidad última de la figura es el reequilibrio (ya sea mediante la adaptación o la resolución del contrato). Nótese aquí que el legislador español, tras la reforma del Código civil, opta por la anulabilidad y no la rescisión, lo que aproxima la figura a un vicio del consentimiento.

La cuestión relativa a la naturaleza de la figura de la ventaja o explotación injusta ha sido resuelta, en algunos ordenamientos, desde la vertiente de la justicia procedimental, es decir, como un

⁹¹ Señala BADOSA COLL (2014-2016, p. 390) que las situaciones subjetivas relacionadas por el II.-7: 207.1 a) DCFR fotografían situaciones que delimitan la posición de una de las partes como parte negocial; serían irrelevantes si no existiera la conducta de la otra parte. Dichas situaciones están expuestas objetivamente, sin indicar la influencia que tiene la otra parte negocial. Sin embargo, dicha influencia debe entenderse implícita, porque es la que es indiciaria de que el contratante es susceptible de ser explotado.

⁹² Sobre la naturaleza de la figura de la ventaja injusta y subrayando que la singularidad de la misma no es ni la dependencia ni el desequilibrio excesivo sino el aprovechamiento de las circunstancias del que se prevale una de las partes, véase YÁÑEZ VIVERO, 2019, pp. 69-70.

vicio del consentimiento. Desde nuestro punto de vista, tal caracterización no es coherente con lo que se desprende de las situaciones y los remedios previstos para los supuestos descritos por dicha figura. Entendemos que la figura marida las dos concepciones de justicia que integran la figura y, por tanto, el encaje sistemático en el ordenamiento no corresponde al de un tradicional vicio del consentimiento.

Sin embargo, algunos códigos civiles han optado por una solución más continuista, bien expandiendo el concepto tradicional de la violencia⁹³ o bien a través de la formulación de un vicio del consentimiento *ad hoc*. Bajo nuestro punto de vista, los casos de violencia o intimidación siempre son reprobables (si se cumplen los criterios definidos por la norma y la doctrina), con independencia del contenido intrínseco final del contrato. No cabe expandir el concepto de los vicios del consentimiento tradicionales con el fin de enmarcar en su seno nuevos presupuestos que caen mejor en otras figuras o en otras causas de anulación *ad hoc*. Lo más coherente hubiera sido la regulación de una figura de nuevo cuño.

La solución operada por el Código civil, al tener la figura en este una aplicación limitada, la sitúa en el marco de la nulidad de los contratos celebrados con personas con discapacidad. Una aplicación generalizada de la figura más allá de la contratación con personas con discapacidad exigiría la reubicación de la misma, como venimos diciendo⁹⁴. En este sentido, la Asociación de Profesores de Derecho civil, en la propuesta elaborada de Código civil libros quinto y sexto (PAPDC), trae a colación la figura del *ventajismo* junto con los vicios del consentimiento contractual⁹⁵, en el artículo 527-9 de dicha propuesta.

⁹³ Así se observa en el *Code* francés *ex* artículo 1143 (novedad introducida mediante la Ordonnance n. 2016-131) que regula el abuso del estado de dependencia y ordena que hay también violencia si una parte, abusando del estado de dependencia en el que se encuentra su cocontratante respecto de ella, obtiene su acuerdo, el cual no habría suscrito en ausencia de tal coacción, y obtiene una ventaja manifiestamente excesiva, *cfr.* FENOY PICÓN, *ADC*, 2020, p. 1398. Se aplica sin distinguir la cualidad de las personas implicadas –no se exige que sean personas débiles o vulnerables, pudiendo aplicarse, por ejemplo, a una gran empresa–. Y se aplica a la conclusión del acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, a las modificaciones convencionales y a los contratos extintivos. Véase también, con relación a la reforma francesa, DEL OLMO GARCÍA, 2017, pp. 619-634.

⁹⁴ A favor de una aplicación generalizada se muestra también MORENO CASTRO, 2023, p. 48.

⁹⁵ Artículo 527-9 PAPDC: Ventajismo: «1. Una de las partes puede anular el contrato que en el momento de su celebración otorga a la otra parte una ventaja excesiva, si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra de la buena fe de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. 2. También puede la parte perjudicada pretender el reequilibrio del contrato sobre la base del precio generalmente practicado en el mercado», ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2016, p. 156.

Bajo nuestro punto de vista, esta no sería la ubicación sistemática más coherente con la naturaleza de la figura. La ventaja injusta hace converger una situación que se encuentra a caballo entre situaciones propias de la justicia sustantiva y la justicia procedimental⁹⁶. Los vicios del consentimiento reposan única y exclusivamente en esta última acepción de justicia. La norma de la explotación injusta protege, por tanto, las dos categorías de justicia que hemos venido enunciando a lo largo del presente trabajo: la sustantiva y la procedimental. Implica, por tanto, una declaración defectuosa de voluntad del explotado, un consentimiento inconsciente, y una irregularidad del contenido del acto jurídico⁹⁷.

Para determinar la ubicación más precisa, y en lo que atañe a la cuestión relativa a la voluntad como requisito para la validez de los actos jurídicos, debemos recurrir a la categoría de vicios del negocio empleada por De Castro⁹⁸, que acoge los vicios que invalidan la voluntad (art. 1300 CC) y los relativos a los requisitos de existencia respecto de los contratos (art. 1261 CC).

Señala De Castro que con anterioridad al CC, el término vicio del contrato se utilizaba con un significado distinto al actual; así, se empleaba «*pro defectu*», cuando se refería a la carencia de un elemento constitutivo del negocio; otras, «*infirmitas*», debilitación o vicio de alguno de sus elementos. Para abarcar ambas acepciones, propone el término de vicio del negocio⁹⁹.

A los efectos que interesan a nuestro artículo, la acepción vicio del negocio se divide entre aquellos vicios que son propios de cada tipo de contrato (venta, donación, etc.) de los que se pueden encontrar en cualquier clase de negocio jurídico. Dentro de éstos últimos, encontramos:

a) Los vicios específicos de la figura del negocio jurídico: que se subdividen a su vez, entre aquellos relativos a la declaración

⁹⁶ Cabe señalar la particularidad que representa la figura de la *gross disparity* en el ordenamiento civil húngaro; el §201(2) del Código civil húngaro (Ptk) establece que si la desproporción entre las prestaciones intercambiadas por las partes es flagrante, la parte perjudicada puede pedir la anulabilidad del contrato. Esta previsión se limita a prevenir la injusticia sustantiva, y es una expresión de la institución lesiva. En otro sentido, el §202 incorpora una previsión relativa a los contratos usurarios, indicando que si una de las partes explota la situación de debilidad de la otra y obtiene, así, una ventaja excesiva, el contrato será nulo. Este último artículo tiene el mismo patrón que el §138.2 BGB. Por todo, véase MENYHÁRD, 2007, pp. 105-121.

⁹⁷ Que el consentimiento sea consciente o que no haya una voluntad apresurada o formada sin información suficiente es lo que persigue la institución de la ventaja injusta. «Un consentimiento con conocimiento de causa» que facilite la toma de decisiones y que garantice, en palabras de ARNAU RAVENTÓS (2015, p. 433), «una formación meditada, tranquila, con la posibilidad real de considerar todas las implicaciones del negocio».

⁹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, 1985, pp. 93-100.

⁹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 94.

de voluntad (los que hacen que no exista declaración o los que la vician) y los relativos a la causa.

b) Los comunes a los demás actos jurídicos (los que afectan a la capacidad jurídica, legitimación, objeto y forma)¹⁰⁰.

A tenor de dicha clasificación, parece obligado plantearse dónde incluiríamos la figura de la explotación o ventaja injusta. El ámbito negocial de la explotación injusta en el marco del Derecho contractual europeo es un ámbito *ad hoc* limitado a los contratos onerosos y, con cierto matiz, a los negocios gratuitos. No es un vicio que tenga aplicación general, como sería el relativo a los vicios del consentimiento, que abarque todas las manifestaciones de la voluntad, sino que su ámbito de aplicación es el de la negociación *inter vivos* susceptible de producir un daño o perjuicio a una de las partes: el contratante débil. Es la naturaleza de la figura la que acabará determinando su ubicación sistemática.

Coincidimos con la calificación operada por Badosa: es un vicio del negocio pero no estrictamente un vicio del consentimiento. La ventaja injusta refleja un régimen de vicio híbrido, complejo: para que prospere una acción de rescisión o adaptación del contrato por explotación injusta cabe se requieren tres aspectos: la posición de la parte débil en un estado negocial susceptible de ser explotado; una conducta de explotación de la otra parte y una ganancia desproporcionada obtenida en forma de una ventaja manifiestamente injusta o beneficio excesivo¹⁰¹. Se trata, por tanto, de una institución de nuevo cuño.

La peculiaridad de este vicio del negocio es que está predisuesto antes de la celebración del contrato; pero adquiere, relevancia, una vez se ha celebrado éste. Las situaciones descritas por el contexto negocial del artículo II.-7:207.1 a) DCFR y el artículo 621-45 CCCat son previas a la celebración del contrato y están vinculadas a la parte débil como también lo es la discapacidad en uno de los contratantes del artículo 1302.3 CC¹⁰². Un vicio potencial en la persona que deviene efectivo por la explotación de la otra parte. Como indica Badosa, «*aquesta potencialitat del vici fa que es desplaci del contracte a la persona; d'èsser un vici negocial a una qualitat del celebrant*»¹⁰³. Cabe señalar, sin embargo, que en

¹⁰⁰ Por todo, véase DE CASTRO Y BRAVO, 1985, pp. 93-95.

¹⁰¹ BADOSA COLL, 2014-2016, pp. 400-401.

¹⁰² Y es en esta predisposición dónde reside la diferencia entre la ventaja injusta y la lesión en más de la mitad descritas por los arts. 621-45 y 46 CCCat respectivamente, es decir, en los supuestos de ventaja injusta la parte débil ya tenía predisposición a ser perjudicada; ello no es así en la lesión en más de la mitad porque dicha predisposición no existe, cfr. BADOSA COLL, 2014-2016, p. 422.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 404.

los casos de explotación o ventaja injusta, el riesgo de ser engañado es menor que en los casos de dolo; existe un riesgo de ser convencido, que no engañado, y ello exige algún tipo de expediente o institución que permita declarar la ineficacia del negocio o que permita su adaptación, precisamente éste último remedio se contempla por ser menor el abuso o la explotación de la otra parte que en los casos de dolo, violencia o intimidación¹⁰⁴.

Pero, además, la explotación conductual no es suficiente: para que se den los presupuestos de la explotación injusta (institución) se necesita que la parte débil se encuentre en un contexto negocial determinado (situación de dependencia o confianza entre las partes, necesidades económicas o urgentes de la parte débil, o bien que ésta fuera ignorante, imprevisora, inexperta o falta de habilidad en la negociación) y un resultado desproporcionado en forma de ganancia para una de las partes. En el supuesto del Código civil, la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona con discapacidad solo adquirirá relevancia (con relación a su potencial ineficacia) si el contrato resulta desequilibrado injustamente¹⁰⁵.

Insistimos en la calificación de la figura de la ventaja injusta como un vicio del negocio en la acepción utilizada por De Castro¹⁰⁶ y no como un vicio del consentimiento clásico según acabamos de adelantar, ya que su peculiaridad también reside en los remedios previstos para ella: la anulación y adaptación (así, véase por ejemplo el art. 621-47 CCCat).

Por lo tanto, creemos que el fundamento de la explotación injusta en el Derecho contractual europeo, reside en configurar dicho instrumento como un vicio del negocio jurídico; en la clasificación propuesta por De Castro, un vicio específico del negocio jurídico, que no necesariamente caracterizado como un vicio de la voluntad: un vicio del negocio jurídico a caballo entre un vicio del consentimiento y un vicio de la causa onerosa por ser los negocios onerosos su sede principal y ser la finalidad del remedio el reequilibrio económico de las prestaciones.

Considerado todo lo dicho y dada la configuración que se ha propuesto, *de lege ferenda*, lo aconsejable sería la adopción de un instrumento de alcance general; el alojo de tal instrumento debería ser, pues, en el apartado de disposiciones generales del contrato. Esta aplicación generalizada permitiría una protección abstracta

¹⁰⁴ Lo que la ventaja o explotación injusta tipifica no es ya la voluntad captable sino efectivamente captada, aunque insuficiente en sí misma para pretender la anulación por vicio del consentimiento (necesariamente debe ir acompañada de un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta), cfr. ARNAU RAVENTÓS, 2015, p. 432.

¹⁰⁵ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO (2022, p. 665), pues es el desequilibrio y no la discapacidad la razón que hace quebrar la plena validez del negocio.

¹⁰⁶ DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 93.

del contratante débil preferible a la protección *ad hoc* dispensada única y exclusivamente para el contratante con discapacidad del artículo 1302.3 CC. Esta perspectiva la encontramos en otras normas que persiguen una protección situacional (protección *state-based*) encaminadas a construir un concepto de vulnerabilidad flexible y antagónico¹⁰⁷ al que ha venido ocupando las regulaciones precedentes, sobre todo en materia de consumo (así, la protección *class-based*, por oposición a la *state-based*, tipifica una clase como merecedora de un resguardo específico; por ejemplo, el consumidor, la persona mayor, la mujer, etc). La protección *class-based* se centra exclusivamente en las características grupales mientras que la *state-based* sugiere poner el centro de atención en la situación, en el contexto; precisamente lo que busca el artículo 1302.3 CC con la expresión «cuando fueran precisas»¹⁰⁸. La misma línea que anticipó ya el artículo 56 CC.

Sin embargo, y de acuerdo con la regulación que, *de lege lata*, ofrecen los artículos examinados, veremos que la salvaguarda se dirige únicamente al contratante con discapacidad, habiendo perdido la oportunidad el legislador de optar por una fórmula de tuición con aplicación abstracta.

2.3 La introducción de la ventaja injusta en el artículo 1302.3 CC, segundo párrafo

El artículo 1302.3 CC, segundo párrafo, dice así:

«Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

¹⁰⁷ El propio preámbulo de la LRPAD se refiere a las personas con discapacidad como las más vulnerables de la sociedad.

¹⁰⁸ Así, en el Código de Consumo de Cataluña, en su artículo 251-6.3, y haciendo referencia a los precios de los servicios, observamos una referencia a la vulnerabilidad situacional (protección *state-based*). Dicho artículo dice «No pueden cobrarse precios abusivos, especialmente si las circunstancias particulares del caso menguan la libertad de elección de la persona consumidora.». Así pues, este concepto, dinámico, permite construir un concepto de vulnerabilidad menos rígido que el que se basa exclusivamente en la perspectiva que tipifica una clase como merecedora de protección (por ejemplo, el contratante con discapacidad o la gente mayor). El artículo 56 CC también se incardina en esta idea de protección situacional.

La lectura del precepto nos invita a reflexionar sobre dos posibilidades de interpretación con relación a la posibilidad de instar la anulabilidad por parte de los prestadores de apoyo:

a) *«la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación»:*

Con relación a ello, caben hacer una doble interpretación: la primera es la que limita la legitimación únicamente al conocimiento de la existencia de medidas de apoyo en la persona con discapacidad¹⁰⁹. Bajo nuestro punto de vista, y en consonancia con lo dicho con relación al primer párrafo del artículo 1302.3 CC, esta primera posibilidad (para que prosperara la acción) requeriría en la otra contraparte la obtención de una ventaja injusta¹¹⁰. Como ya hemos advertido, esta primera interpretación no sería conforme con lo establecido por la CDPDNY ni con lo que determina la LRAPD, ya que ello presupondría que las personas con discapacidad necesitan un requerimiento adicional para contratar: el apoyo. Ello nos lleva, pues, a la segunda interpretación del precepto cual es que la anulación procederá cuando el otro contratante *hubiera sido conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación* y hubiera obtenido una ventaja injusta. Es necesario extender, pues, este segundo elemento ya que, de conformidad con la reforma operada por la LRAPD, la posibilidad de anular el contrato no puede depender ni de la falta de apoyo ni del conocimiento de la falta del mismo en la contraparte, sino que lo

¹⁰⁹ Recordemos que si los apoyos tienen facultades representativas, el contrato celebrado –bajo la opinión de algunos autores– sería nulo (ex art. 269.3 CC). Así lo justifica RUIZ-RICO RUIZ (2022, p. 87) «si no concurre el consentimiento del prestador de apoyos representante, en tanto estemos dentro del concreto ámbito representativo asignado, el consentimiento del discapacitado, no sólo es insuficiente, sino que es improcedente e irrelevante, puesto que carecerá totalmente de legitimación para celebrar ese contrato, negocio o acto jurídico. Por lo tanto, la falta de intervención del único legitimado (el prestador representante) debería dar lugar a la nulidad de pleno derecho, ahora sí, por falta de un efectivo consentimiento contractual».

¹¹⁰ En otro sentido, alguna doctrina entiende que las circunstancias establecidas por el artículo 1302.3, segundo párrafo, son de carácter alternativo, es decir, que dándose algunos de los dos supuestos que fija la norma el titular de los apoyos contará con legitimación para instar la acción de anulabilidad del contrato celebrado por la persona con discapacidad si contar con los apoyos previstos, cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, 2023, p. 1171. En el sentido que hemos anotado y que defendemos, véase lo señalado por GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO (2022, pp. 661 y 663), apuntando dichos autores que «pero además, tal y como está redactado el párrafo del artículo 1302.3 CC que ahora nos ocupa, parece claro que esta primera circunstancia no puede radicar exclusivamente en el hecho de que el otro contratante conociera la existencia de las medidas de apoyo, sino que, sobremanera, es preciso que de ese conocimiento haya obtenido un aprovechamiento, con el consiguiente quebranto para el contratante con discapacidad, como bien se deduce de la locución «de otro modo» recogida en la norma».

relevante es el aprovechamiento injusto de la situación de vulnerabilidad que rodea las personas con discapacidad.

La primera interpretación, como vemos, prescinde del elemento objetivo, es decir, pasa por alto la obtención de una ventaja injusta –elemento objetivo– en la contraparte, y, por lo tanto, es independiente del resultado económico del contrato. No compartimos dicha interpretación ya que, por ejemplo, si los apoyos tuvieran (excepcionalmente) facultades representativas porque se han establecido medidas de garantía que incidieran precisamente en la eficacia de las facultades dispositivas de la persona con discapacidad, el contrato sería nulo (sin necesidad de que hubiera lesión o ventaja injusta). La curatela o los apoyos con facultades representativas son la excepción a la norma general, como venimos diciendo, y por ello la lógica interpretación del artículo 1302.3 CC implica que el supuesto de hecho de la norma parta de un contratante con discapacidad que puede y debe prestar el consentimiento, sólo que además necesitaba el prestador de apoyos (es decir, la concurrencia del consentimiento del prestador para aquel contrato o negocio para el que era necesaria su intervención). En otras palabras, el artículo 1302 CC no se refiere ni a una curatela representativa ni a una medida de apoyo con facultades representativas¹¹¹. Esta primera interpretación no la compartimos porque como hemos subrayado la mera falta de apoyos no puede limitar per se la capacidad jurídica de la persona que contaba con los mismos. Por lo tanto, esta circunstancia debe ir unida la obtención de una ventaja injusta. La interpretación que prescinde del elemento objetivo de la figura se aleja de la ventaja injusta para aproximarse a un supuesto típico de la influencia indebida¹¹².

b) *«o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta»:*

La segunda parte del precepto ya resulta más clara cuando señala que «se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta». Aquí si observamos la relación de elementos subjetivos (el aprovechamiento y la situación de discapacidad en uno de los contratantes al que se la han previsto medidas de apoyo) y objetivos (ventaja injusta como elemento objetivo). Esta parte del artículo se puede relacionar con lo que señala la norma catalana «y la otra parte conocía

¹¹¹ RUIZ-RICO RUIZ (2022, p. 87).

¹¹² En la *undue influence* el acento se sitúa en la situación de debilidad, confianza o dependencia de la parte contratante, situación que es aprovechada por la otra (INFANTE RUIZ, *RDC*, 2021, p. 6). Sobre la misma figura, véase la monografía de INFANTE RUIZ, 2022, pp. 21-202.

o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello»; por lo tanto, aun no siendo conocedor (se puede generar cierta confusión con dicha expresión «conocía o debía conocer esta situación»; ¿se está refiriendo al supuesto de la existencia de medidas de apoyo? ¿o a la situación de discapacidad, con o sin medidas de apoyo previstas?) era inexcusable que no lo fuera (o es razonable pensar que la parte beneficiada era conocedora de la existencia de medidas de apoyo o de la situación de discapacidad) y por ello, la obtención de la ventaja injusta se produce como consecuencia de ello. Algunos autores señalan que con dicha expresión el legislador deja la puerta abierta a todo tipo de situaciones en las que el otro contratante ha obtenido una ventaja que, por el hecho de hacerlo aprovechándose de la discapacidad de la persona, tendría la condición de injusta¹¹³.

Huelga decir aquí que, en el marco del Derecho contractual europeo y con relación a este segundo elemento subjetivo relativo al aprovechamiento, el acento en la figura de la ventaja injusta se sitúa, en cierta medida, en la explotación consciente del estado de debilidad de la parte en desventaja, es decir, en uno de los elementos subjetivos (podemos hablar de una suerte de «cuasi dolo»). A pesar de ello, lo que no parece que la norma reclame es que la parte beneficiada fuera consciente, además, del exceso o de la injusticia grave de la ventaja obtenida (del elemento objetivo). Entendemos que es suficiente que se aprovechara con conocimiento del estado de debilidad de la otra parte. Cabe matizar esta afirmación; en efecto, Badosa contempla la posibilidad de separar lo que es el conocimiento del estado de debilidad de la otra parte de la cognoscibilidad en relación con la merma de capacidad de negociación provocada por su influencia; es decir, el beneficiado puede conocer la relación de dependencia existente entre ambas partes e incluso la situación de vulnerabilidad de la otra o la discapacidad en el caso de la reforma del Código civil, pero desconocer que su influencia pueda afectar/mermar la capacidad de negociación de la otra parte; o a la inversa, puede ser consciente de la merma de capacidad negociadora¹¹⁴ de la otra parte y desconocedora de la situación que la provoca¹¹⁵. Lo señalado por el artículo

¹¹³ ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, 2022, p. 507.

¹¹⁴ Nótese que aquí, cuando nos referimos a la merma de la capacidad negociadora, no estamos poniendo en duda la capacidad jurídica de las partes. Lo que queremos decir es que hay un catálogo de circunstancias que pueden dificultar la capacidad de negociación de las partes (no sólo la discapacidad), circunstancias que se relatan, por ejemplo, en el artículo 621-45 CCCat: «una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, etc».

¹¹⁵ BADOSA COLL, 2014-2016, p. 391.

1302.3 CC, segundo párrafo (*o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad*) nos dirige a esta última línea: era inexcusable para la contraparte el desconocer tal situación de discapacidad.

Señalan los comentarios oficiales al DCFR que generaría demasiada inseguridad la posibilidad para la parte débil de dar por terminado o solicitar la revisión del contrato cuando la parte que resulta aventajada ni conocía ni razonablemente podía conocer el contexto negocial en el que se encontraba la parte en desventaja¹¹⁶. ¿Cuál es, por tanto, el grado de conocimiento del estado de debilidad exigible a la parte beneficiada¹¹⁷? El artículo 4:109 PECL señala que «the other party knew or ought to have known»; en una misma línea se postula el DCFR («knew or could reasonably expected to have known this») y así lo adopta el legislador catalán («conocía o debía conocer»). Fijémonos que es la misma estructura que adopta el legislador de la reforma del Código civil: «o se hubiera aprovechado de otro modo». En base a lo hasta ahora expuesto, será de interés abordar la perspectiva de la ventaja injusta desde la parte beneficiada. Bigwood define la explotación como aquella actitud de «taking unjust advantage of another for one's own advantage or benefit»¹¹⁸. La cuestión, entendemos, debe examinarse desde la justicia procedimental: la intencionalidad de la parte beneficiada debe observarse en los términos de la autonomía de la parte débil, que es a quién se dirige la norma (en el marco del Código civil recordemos que la norma se dirige a normalizar la contratación con personas con discapacidad).

La explotación en los casos de ventaja injusta es una explotación pasiva; no llega al nivel del vicio del consentimiento consistente en el dolo, ni siquiera el incidental, o la violencia; (porque la parte beneficiada no ha sido activa en la creación de un estado o contexto negocial determinado que ha debilitado la emisión de un consentimiento totalmente libre por la otra parte, cosa que sí se da en los supuestos enmarcados en un vicio del consentimiento¹¹⁹). Por ejemplo, los supuestos que describen los textos del *soft law* como situaciones en las que se puede encontrar la parte débil no

¹¹⁶ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW [ACQUIS group], 2009, p. 508.

¹¹⁷ En el contexto italiano, para poder rescindir el contrato por lesión, no cabe demandar de la parte beneficiada una actitud activa sino que es suficiente que dicha parte tenga conocimiento del estado o condición de «minorazione» de la otra, cfr. PERFETTI, *Rivista di Diritto Civile*, 2009, p. 675).

¹¹⁸ BIGWOOD (2005, pp. 76-78), establece que «what exploiters exploit in an act of contractual exploitation, then, is a strategic or relative advantage over their exploitee-typically, superior bargaining capacity, ability, or opportunity –rather than a substantive or material advantage– the contract and its (typically unbalanced) terms themselves».

¹¹⁹ PALAZÓN GARRIDO, 2016, p. 1304.

han sido creados por la parte que resulta beneficiada por el contrato, tampoco el supuesto de discapacidad tras la reforma del Código civil). Existe una forma de presión menos directa que la prevista en otros vicios del consentimiento. Podemos hablar de una suerte de explotación por omisión: la parte beneficiada se aprovecha intencionadamente o de una forma imprudente (inexcusable) de la situación en la que se encuentra la otra parte¹²⁰. En la contratación con personas con discapacidad, a las que ya se les presume la capacidad como a los demás, lo que persigue la reforma es que la contratación con los mismos sea con pleno conocimiento de lo pactado; por ello se prevén las medidas de apoyo y, ante el supuesto de una situación descrita como la de la ventaja injusta, se permite instar la anulación del contrato.

La situación de debilidad descrita por la figura de ventaja injusta solo adquiere relevancia en términos jurídicos cuando esta resulta en un contrato altamente desequilibrado. Y así lo exige, también, el artículo 1302.3 CC. Existe un contexto negocial que propicia una voluntad que no basta, *per se*, para anular el contrato. La institución se triangula entre el elemento objetivo de la desproporción y los subjetivos divididos en el estado negocial en el que se encuentra una parte (en el caso de la reforma, la discapacidad y la provisión de medidas de apoyo) y el elemento relativo a la explotación de dicho estado por la otra, mermando su capacidad de negociación y resultando en la celebración de un contrato altamente injusto. Si alguno de los tres elementos no concurre, la acción no debería prosperar. De este modo se protege el interés de la contraparte que, recordemos, no ha causado el estado de debilidad (o la situación de discapacidad) del contratante débil. Este contratante más fuerte sólo se verá perjudicado si se aprovecha injustificadamente de la situación de discapacidad de la otra parte obteniendo, a través de ello, una ventaja injusta¹²¹.

Ello nos lleva a considerar que esta situación determina una carga prenegocial implícita en la parte beneficiada por el negocio jurídico; ante una demanda de anulación del contrato por ventaja injusta, si contemplamos la posibilidad de presumir dicha explotación cuando la desproporción exceda del 50% del valor total del intercambio (en una propuesta *de lege ferenda*), cabe la posibilidad de que la parte demandada refute dicha presunción alegando la

¹²⁰ Asimismo, el autor propone que el foco de atención recaiga en la conducta de la parte beneficiada; cfr. BIGWOOD (*Oxford Journal of Legal Studies*, 1996, p. 509): «The corollary of this reasoning is that the emphasis of the legal and equitable doctrines commonly relied upon in transaction avoidance cases should reside less in notions of “freedom” or “voluntariness” simpliciter, than in notions of “wrongful conduct” or “unfairness”».

¹²¹ GARCÍA RUBIO y VARELA CASTRO, 2022, p. 665.

inexistencia de un abuso o explotación del estado de debilidad de la otra parte. Sin embargo, en base a lo expuesto hasta ahora, el conocimiento de esta parte no sólo se limita al estado negocial negativo del contratante, sino que tiene relevancia la cognoscibilidad, también, de la merma de la actitud para negociar, sin que tenga que ser consciente de la situación que la provoca. Todo ello dificulta, en parte, las posibilidades de éxito ante una demanda, porque es una carga que se traslada a un estadio precontractual.

Autores como Bigwood proponen pasar de un estadio de *ex post* al *ex ante*; es decir, examinar la explotación desde la perspectiva de la parte beneficiada, que no consideró los intereses de la parte perjudicada¹²². Desde un punto de vista de justicia procedimental, la intencionalidad de una parte de sacar provecho del estado de debilidad de la otra cabría examinarla a la luz de la autonomía de la otra parte (su capacidad o no de actuar libre y conscientemente)¹²³. Ello nos lleva a analizar el principio de la libertad contractual en un sentido sustantivo. Significa que la protección de la parte débil puede operar a través de la promoción de una libertad contractual entendida en sentido material; es decir, mediante un control más extenso del proceso de contratación del contrato, que persiga asegurar el ejercicio idóneo de libertad contractual de la parte más débil¹²⁴: que el consentimiento que se preste sea plenamente consciente o tienda a ello, más allá de que sea libre y exacto. La explotación, desde este punto de vista situado *ex ante*, se caracteriza porque hay una conducta que no cumple con un estándar específico (relativo a no aprovecharse indebidamente del contexto negocial en el que se encuentra la parte débil o de la

¹²² Ello nos lleva a considerar, también, cuál es la carga de información exigible a la parte beneficiada. El deber de informar puede constituir una manifestación general de la buena fe en la perfección y ejecución del contrato; se puede incorporar en los códigos civiles como principio general o bien en sede de los contratos en particular. Así, el CCCat, por ejemplo, concreta el deber de información en las disposiciones generales relativas al contrato de compraventa en el artículo 621-7, que reza así: «El vendedor, antes de la conclusión del contrato, debe facilitar al comprador la información relevante sobre las características del bien, teniendo en cuenta los conocimientos de las partes, la naturaleza y el coste de la información, así como las exigencias que resulten de la buena fe y la honradez de los tratos».

¹²³ BIGWOOD (2005, p. 77): «The function of (common law) regulation in this context, therefore, is not to require parties to abandon the normal assumptions and risks of bargaining –Bargains are not struck in an altruistic environment of mutual enlightenment– and so the legal norms that relevantly pertain to commercial bargaining activity, including those that concern the limits of advantage-taking in that context, must reflect the special features and operational imperatives of free competitive bargaining, wherein «deception» and «pressing for advantage» are natural features of the game».

¹²⁴ CHEREDNYCHENKO (2007, p. 10) «(...) to which extent the weaker party must be protected in order to be able to enjoy a real freedom of contract, or, in other words, where the freedom of one party ends and the freedom of the other party begins». En un mismo sentido, véase GRUNDMAN, 2005, *ERCL*, p. 195. Véase también COLOMBI CIACCHI, 2010, *ERCL* pp. 303-318.

merma de aptitud o capacidad de negociación)¹²⁵ que se puede traducir en una intención de explotar o bien, aunque no exista dicha intención, existe una explotación inconsciente de las circunstancias de la otra parte («full exploitative intention or advertent recklessness»). Desde esta perspectiva puede entablarse una suerte de presunción de la cognoscibilidad del estado de debilidad de la otra parte ante un contrato injusto, es decir, la parte beneficiada es consciente de la situación de debilidad de la otra parte (o hay indicios suficientes como para que debiera conocerlo). Bigwood señala que los casos de explotación pueden caracterizarse como violaciones de una norma del tipo de la *legal neighbourhood*, o norma de la comunidad, significando que las partes, en cualquier negociación, deben considerar o apreciar los intereses de la otra parte¹²⁶, de los que puede emanar un deber de cooperación entre las partes en la fase precontractual¹²⁷. Este tipo de normas deben definir y delimitar las relaciones negociales precontractuales¹²⁸. Lo que persiguen no es tanto entregar la posibilidad a la parte débil de anular el contrato sino de revestirla de inmunidad ante la posibilidad de que, sin un consentimiento del todo consciente, celebre contratos perjudiciales para sí¹²⁹, expresando, una vez más, la idea de potenciar la autonomía de la voluntad – en sentido sustantivo– de la parte débil. Y ello es precisamente lo que persigue la reforma de la LRAPD: potenciar la autonomía de las personas con discapacidad, autonomía que se les presume como a cualquier otro contratante sin discapacidad. Doctrinas como la de la *legal neighbourhood* permiten prevenir la realización de contratos injustos o altamente desequili-

¹²⁵ Una de las figuras afines de la ventaja injusta es la *undue influence* del derecho contractual inglés. Nótese que, como señala INFANTE RUIZ (RDC, 2021, p.4) la *undue influence* no es una limitación impuesta en la esfera de actuación del contratante vulnerable, sino un remedio que opera como una especie de constricción ético-jurídica sobre la actuación del contratante beneficiado o receptor de la transmisión.

¹²⁶ El autor también reseña la teoría moral que considera la explotación como una violación del deber de proteger al vulnerable, relacionándolo con una forma de violencia, «a flagrant violation of the moral duty to protect the vulnerable – a positive negation by the strong of their special responsibilities toward the weak», *cfr.* BIGWOOD, 2005, pp. 85-86.

¹²⁷ *Cfr.* VAN ERP (2011, p. 497), señalando el autor que el principio de la buena fe propio de los códigos civiles continentales, según en qué ordenamiento, es más o menos intenso en las relaciones precontractuales.

¹²⁸ Algunos deberes que emanarían de esta norma serían los siguientes: recomendar a la parte débil que se asesore, explicar por sí mismo la operación contractual, proporcionar la información que no sea accesible a la otra parte o corregir algunos errores asumidos, etc.

¹²⁹ BIGWOOD (2005, p. 86): «legal neighborhood does not function here to give P any sort of claim-right against D, but rather to invest P with an “immunity” against having her resources transferred away from her (under the colour of an objective contract) without her fully responsible consent. Also, the point of recognizing both the moral duty of protecting the vulnerable and the juristic disability of legal neighbourhood is to prevent vulnerable persons from coming to harm, which can be understood in terms of the vulnerable person’s welfare interests, autonomy interests, or both».

brados para una de las partes, como un reflejo, pues, de justicia distributiva¹³⁰. La norma de la *legal neighbourhood* enlaza con la ventaja injusta ya que adquiere relevancia cuando se da un contexto negocial determinado en el que se ve envuelta una de las partes que lo hace susceptible de ser explotada o aprovechada por la otra parte contratante¹³¹. Es decir, existe la posibilidad de que se explore un contexto negocial determinado¹³².

2.4. De la doble presunción al éxito de la acción de anulación del contrato

Como se observa de la regulación de la figura, ya sea con alcance general (por ejemplo, véase el art. 621-45 CCCat), o con carácter limitado (art. 1302.3 CC), a nivel procesal las posibilidades de éxito de la acción dependerán, en gran parte, pues, del logro probatorio con relación a los elementos que conforman la figura (especialmente la ventaja obtenida y el abuso y conocimiento del estado de debilidad, en el caso de la reforma, de la prescindencia de las medidas de apoyo precisas para el contratante con discapacidad). Por todo ello, el resultado favorable al contratante con discapacidad se verá condicionado por la actividad probatoria desplegada, lo que elevará el nivel de exigencia y dificultará, en consecuencia, el éxito de la impugnación del contrato celebrado. Bajo nuestro punto de vista, si la parte que obtiene la ventaja o desproporción excesiva en el intercambio de prestaciones no podía saber (era excusable tal ignorancia¹³³) que la otra se encontraba en una situación de debilidad, es decir, que era un contratante con discapacidad al que se le

¹³⁰ Lo que nos lleva a constatar que el Derecho de contratos tiene connotaciones de justicia distributiva, a pesar de la tradicional concepción aristotélica que limitaba la justicia conmutativa o correctiva al Derecho contractual, cfr. RUTGERS, 2016, p. 540: «Thus, within national literature on contract law, it has been generally acknowledged that contract law is not neutral, but has distributive consequences.»

¹³¹ Si bien tal doctrina (la de la *legal neighbourhood*) conecta principalmente con figuras propias del *common law* tales como la *undue influence* o la *unconscionability*. La equivalencia de las doctrinas del *common law* con la ventaja injusta ya ha sido constatada, *supra*, en este trabajo (véase el epígrafe 2.1).

¹³² La diferencia que señala BIGWOOD (2005, p. 90), entre entender las situaciones creadas por la ventaja injusta desde una perspectiva *ex ante* (como una conducta negligente) o *ex post* (explotativa) son que en este último caso, la norma de la *legal neighbourhood* se activaría sólo en los casos en que la parte fuerte tuviera conocimiento de las condiciones que pudieran obligarle a tener en cuenta los intereses de la otra parte; en los casos de negligencia, se rebajaría el nivel de conocimiento exigible a la parte fuerte (cabría determinar si una persona razonable, en la misma situación que la parte fuerte, habría conocido la posibilidad de que la otra parte se encontraba en una situación de mayor debilidad contractual).

¹³³ Es decir, la acción no debería prosperar cuando la ignorancia de las circunstancias de la otra parte es excusable: es decir, cuando el conocimiento de la situación de discapacidad y de la existencia de medidas de apoyo no se habrían podido apreciar, tampoco, ni mediante el empleo de una diligencia media o regular.

habían previsto medidas de apoyo (o no podía razonablemente tener la mera sospecha de que era un contratante con discapacidad, si entendemos que este aprovechamiento no sólo se puede dar de la prescindencia de las medidas de apoyo sino, también, de la mera situación de discapacidad *per se*) el contrato no podría ser anulado. La situación, en el marco de la contratación con contratantes con discapacidad, será compleja ya que la reforma sitúa estos datos en un ámbito de publicidad restringida; es decir, la contraparte o parte beneficiada por el contrato no necesariamente ha de conocer la existencia de medidas de apoyo precisas para la celebración del contrato si no están inscritas en el Registro civil (*ex arts. 300 CC y 4.11 y 72.1 de la Ley del Registro Civil –LRC–*). Pero es que, además, el problema actualmente reside en la publicidad restringida que concede la LRC a los datos relativos a la discapacidad y a la existencia de medidas de apoyo, al que los terceros no tienen acceso (arts. 83.1 y 84 LRC). Ello puede justificar/acreditar el desconocimiento real de la discapacidad en el otro contratante. Por otro lado, lo que parece indiscutible es que el conocimiento requerido es un conocimiento efectivo en el momento de la contratación¹³⁴.

Dada la dificultad probatoria señalada *supra*, consideramos que el elemento objetivo de la desproporción entre las prestaciones podría presumirse (en una propuesta *de lege ferenda*), como ya se ha dicho,¹³⁵ cuando alcanzara el umbral de la mitad¹³⁶. Es decir, podríamos presumir la existencia de una ventaja injusta (elemento objetivo) cuando el desequilibrio entre las prestaciones de las partes consiguiera llegar al límite del cincuenta por ciento. En tal propuesta, la parte perjudicada (el contratante con discapacidad o su prestador de apoyo, al estar legitimado), debería probar que en el momento de la conclusión del contrato el valor de la contraprestación que recibió fue inferior a la mitad del valor de su prestación; probado ello, se presumiría el elemento objetivo de la norma. La acreditación de esta asimetría prestacional reduciría la arbitrariedad judicial ante la dificultad de determinar qué se entiende por desproporción excesiva

¹³⁴ Como señalan VÁZQUEZ DE CASTRO, ESTANCONA PÉREZ (2022, p. 235), «de esta manera, podría considerarse que se aumenta la seguridad jurídica pero se restringe la posibilidad de impugnar este tipo de contratos y, en consecuencia, se disminuye la protección de las personas con discapacidad».

¹³⁵ Así lo apunta, también, GÓMEZ BUENDÍA (*Revista General de Derecho Romano*, 2016, p. 19), aproximando la figura al abuso de circunstancias y conjugando las figuras de la rescisión por lesión y la ventaja injusta en una de sola.

¹³⁶ Bajo nuestro punto de vista, la consideración del umbral de la mitad como elemento objetivo con el que medir la desproporción es preferible a otros criterios (por ejemplo, podría, también, tomarse la referencia numérica del art. 1291.1 CC, es decir, presumir la desproporción cuando la «lesión» excediera de la cuarta parte, pero bajo nuestro punto de vista presumir el desequilibrio y los elementos subjetivos descritos por la figura de la ventaja injusta superado dicho umbral del 25% nos parece un tanto excesivo, aun siendo la presunción *iuris tantum*).

entre las prestaciones y preservaría, asimismo, la seguridad contractual¹³⁷. Además, sería conveniente establecer una segunda presunción, tal y como hace la lesión quebequense¹³⁸: a partir del desequilibrio importante entre las prestaciones contractuales (presumido, asimismo, en el umbral del cincuenta por ciento), podríamos presumir¹³⁹, también, los dos requisitos subjetivos: el abuso de dicha situación con el fin de obtener un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta^{140, 141} así como, también, la vulnerabilidad, recogida en el Código civil por una situación de discapacidad limitada a la prescindencia de las medidas de apoyo previstas. Ello facilitaría la carga probatoria de las circunstancias subjetivas a la parte débil (al contratante con discapacidad o, en su caso, al prestador de apoyos). En resumen, presumido el elemento objetivo alcanzado el umbral del 50%, podemos presumir los elementos subjetivos que describe el artículo 1302.3 CC, segundo párrafo: que el otro contratante era concedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o que se había aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad y la situación de discapacidad del contratante perjudicado al que se le habían constituido medidas

¹³⁷ Por ejemplo, en la propuesta de lesión que hacía en el 2006 para la legislación francesa CHANTEPIE (2006, pp. 491 ss.), establecía la presunción de que una lesión superior al 50% debía considerarse importante. Así, su proposición era la siguiente: «Art. 1118 C.civ: La lésion est une cause de révision des contrats lorsqu'elle crée un déséquilibre important entre les prestations échangées au jour du contrat. Un déséquilibre qui excède de plus de moitié la valeur des prestations fournies est présumée important. Néanmoins, à titre exceptionnel, le juge peut tenir compte dans l'appréciation de la lésion de toutes les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat».

¹³⁸ El artículo 1406.1 del Código civil de Québec señala: «La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation». Vemos, sin embargo, que el legislador quebequense, a pesar de crear una presunción de explotación, sigue apostando por una referencia indeterminada de desproporción («disproportion importante»), aunque exceda palmariamente de lo que se considera «justo», cfr. PINEAU, BURMAN, GAUDET (2001, p. 219): «En d'autres termes, le défaut d'équivalence des prestations résulterait d'un abus de la puissance économique ou autre d'une partie contractante à l'égard de l'autre, ce qui conférerait à la première un avantage excessif, dépassant outrageusement la mesure de ce qui est juste». La lesión quebequense establecida en el artículo 1406.1 del código, sitúa el acento en la protección de la parte perjudicada y en el «daño» que dicha parte sufre como consecuencia de la explotación de la otra parte; «in this sense, lesion is nothing more than a specific form of bad faith that the legislature has expressly decided to sanction», véase CRÉPEAU, CHARPENTIER, 1998, p. 105.

¹³⁹ Véase también la presunción que proponen BOSCH CAPDEVILA, DEL POZO CARRASCOA, VAQUER ALOY, 2016, pp. 42 y 201.

¹⁴⁰ Así lo señala, también, GINÉS CASTELLET, *InDret*, 2016, p. 31.

¹⁴¹ En el «Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law, Report on the 2nd Session of the Study Group held in Rome from 5 to April 1982» ya se proponía la presunción de que la ventaja injusta proviniera de una excesiva desproporción entre las prestaciones que alterarían el equilibrio contractual. Pero dicha propuesta fue rechazada por la dificultad que podría tener la parte fuerte de refutar la presunción si sólo la parte débil podía aportar prueba sobre la ausencia de algún signo de explotación, cfr: INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, 1982, pp. 8-9.

de apoyo¹⁴². Ello facilitaría la apreciación de los requisitos apuntados por los elementos subjetivos de la figura y correspondería a la parte beneficiada por el contrato la carga de probar que no había abusado o no se había aprovechado de la situación de la otra parte y que el contratante perjudicado ni era una persona con discapacidad ni tenía medidas de apoyo previstas.

De lege lata, como decimos, el problema reside, entre otros, en la publicidad restringida de los datos relativos a la discapacidad y a la existencia de medidas de apoyo¹⁴³, ya que será muy difícil para el contratante con discapacidad acreditar que el otro era conocedor de dicha circunstancia, aunque recordemos que el artículo también cubre aquellos casos en los que se hubiera aprovechado de otro modo (lo cual nos hace pensar que aunque la parte beneficiada

¹⁴² Nótese que en la figura de la *undue influence* también existe un juego de presunciones: hay dos clases de *undue influence*: a) la actual *undue influence* y la que nos interesa, la *presumed undue influence*: esta última señala que no es necesario demostrar que se ejerció la presión indebida; el demandante solo debe probar la relación existente entre ambos contratantes; una vez probada ello, la carga de la prueba se traslada al demandado quien debe demostrar que el demandante celebró el negocio jurídico libremente, por ejemplo, acreditando que tuvo asesoramiento independiente, cfr. INFANTE RUIZ, *RDC*, 2021, p. 8.

¹⁴³ Aquí se puede criticar que los datos relativos a las medidas de apoyo tengan publicidad restringida (art. 83 b LRC) cuando lo idóneo hubiera sido que sólo los datos relativos a la discapacidad fueran especialmente protegidos, cfr. MARTÍNEZ CALVO, *Revista Científica de Derecho de la Discapacidad*, 2022, pp. 403-404. Además, la legitimación establecida por el artículo 84.1 LRC dificulta que el tercero pueda acceder a dichos datos. Señala dicho autor que lo adecuado hubiera sido que la propia norma estableciera que, con relación a la inscripción de las medidas de apoyo, el asiento correspondiente no expresara todas las circunstancias contenidas en la resolución judicial o la escritura por la que se establecen, sino que se limitara a incluir la existencia y el contenido de las medidas, tal y como prevé el artículo 242 bis 2 de la Ley Hipotecaria para la publicidad de las medidas de apoyo en el Registro de la Propiedad. Además, ello puede comprometer la seguridad del tráfico ya que puede desincentivar a los terceros a entablar cualquier tipo de relación jurídica con una persona respecto de la cual se tenga la mínima sospecha de que pueda encontrarse en una situación de discapacidad. Así, el mismo autor señala que lo preferible sería que el encargado del Registro Civil decidiera caso por caso si existe o no un interés legítimo del tercero que pretenda acceder a él y con base a ello admitiera o denegara el acceso. Claro que, ante la demanda de anulabilidad presentada por la parte con discapacidad, de alguna forma ya se revelará la existencia de medidas de apoyo ya que, con la regulación actual, a ella corresponderá la carga de la prueba de acreditar la prescindencia de las medidas de apoyo y el abuso de la otra parte, así como el aprovechamiento de dicha situación (lo cual conllevará acreditar que la parte beneficiada era conocedora o debía serlo de la situación de discapacidad –prescindiendo de las medidas de apoyo– en la contraparte). En nuestra propuesta de presunciones, al presumir que una ventaja superior al 50% permitiría presumir, a su vez, no sólo el aprovechamiento de la situación de discapacidad sino, también, la propia situación de debilidad relativa a la discapacidad, cabría legitimar al demandado –parte beneficiada– la posibilidad de acceder a dichos datos con la finalidad de rebatir las presunciones recogidas en la acción presentada por la parte perjudicada ya que, como hemos dicho, la ventaja injusta exige, para que prospere una acción en tal sentido, la existencia de los tres elementos descritos. En la regulación actual de la ventaja injusta, y con relación a los elementos subjetivos, además del aprovechamiento, únicamente la prescindencia de las medidas de apoyo puede dar lugar a la anulabilidad, no la mera situación de discapacidad. En la propuesta de aplicación generalizada, además de dicha omisión, también la situación de discapacidad *per se* sería un factor que considerara para revelar la situación de vulnerabilidad en la parte perjudicada por el contrato, es decir, conformaría igualmente uno de los elementos subjetivos de la figura de la ventaja injusta.

fuera ignorante de la existencia de medidas de apoyo, era inexcusable que ignorara que la otra parte era un contratante con discapacidad o no era justificable no tener la mera sospecha de ello). Por ello, la presunción propuesta *de lege ferenda*, permitiría superar el escollo de la publicidad de dichos datos. De otro modo, si la ventaja excesiva no llegara al umbral del cincuenta por ciento, la acción igualmente podría prosperar pero el nivel de exigencia probatoria se elevaría para el demandante (contratante con discapacidad o prestador de apoyos)¹⁴⁴.

Más allá de esta doble presunción que se hubiera podido valorar en la redacción de la norma actual del artículo 1302.3 CC, y *de lege ferenda*, creemos que el remedio de la ventaja injusta hubiera exigido una generalización en su aplicación, no limitada a los contratantes con discapacidad que han celebrado un contrato prescindiendo de las medidas de apoyo. Esta generalización, además, sería doble: por un lado, con relación a la contratación en general, ya que permitiría la introducción de la figura de la ventaja injusta; por otro lado, con relación a la discapacidad, se aplicaría en cualquier supuesto de contratante con discapacidad, en aras a facilitar la prueba del elemento subjetivo.

Es decir, la introducción de una norma con alcance general protegería, también, al contratante con discapacidad que no tuviera formalizadas las medidas de apoyo y que hubiere celebrado un contrato altamente contrario a sus intereses atendida su situación de vulnerabilidad. Ello no iría en contra del objetivo de la LRAPD ni del CDPDNY porque obviamente un contratante con discapacidad es más vulnerable que los demás (pero no menos capaz); como señala la doctrina más autorizada, una norma de aplicación abstracta y con alcance general ya es lo suficientemente flexible para dar cabida a la situación específica de discapacidad de uno de los contratantes entre las múltiples manifestaciones de vulnerabilidad que se describen¹⁴⁵.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El nuevo escenario dibujado por la LRAPD en materia de anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad plantea dudas con relación a la interpretación que debe darse al

¹⁴⁴ Además, las presunciones podrían ser rebatidas. Así, si se demuestra que el contratante con discapacidad habría celebrado el negocio de forma libre, exacta y consciente. También rebatiría la presunción si el contratante beneficiado probara que el negocio jurídico fue celebrado después de que una persona independiente y cualificada explicara al contratante la naturaleza y las consecuencias jurídicas del mismo (por ejemplo, un notario).

¹⁴⁵ GARCÍA RUBIO, 2022 b, p. 352 y RUBIO GIMENO, 2020, pp. 180-182.

numeral tercero del artículo 1302 CC. La regulación, tal y como está planteada, hace pensar que, en última instancia, el alcance final de dicho artículo vendrá determinado por la resolución judicial a la demanda de anulación que se plantee. Dicha norma, pues, debe leerse en vistas a una protección que deberá concretarse *ad hoc*, en función de si eran precisas las medidas de apoyo y de si el contratante beneficiado por el acuerdo, ante su ausencia, se hubiera aprovechado para obtener, así, una ventaja injusta.

La interpretación que hemos dado del artículo 1302.3 CC coincide con la orientación marcada por el artículo 12 del CDPDNY, reconociendo la igualdad en la capacidad jurídica de todas las personas. Asimismo, dicha interpretación también se incardina en este nuevo modelo de justicia contractual que admite una intervención judicial en las relaciones privadas y que permite soslayar la injusticia en cualquier relación asimétrica.

Bajo nuestro punto de vista, la reforma hubiera podido dar cabida a una regulación general de la ventaja injusta, alojada en una verdadera disposición general del derecho de los contratos que hubiera permitido al contratante con discapacidad acogerse a dicha norma, sin necesidad de establecer una norma *ad hoc* dispensada en atención a la discapacidad de uno de los contratantes, tal y como recoge el artículo 1302.3 CC. Ello hubiera sido más coherente con el enfoque dado por la LRAPD que opta por eliminar cualquier referencia del contratante con discapacidad del artículo 1263 CC y asume, así, la capacidad jurídica sin matices del contratante con discapacidad, equiparándola a la de los demás.

Aceptar una aplicación generalizada de la ventaja injusta hubiera permitido dibujar un escenario tuitivo decididamente enfocado a la protección del contratante débil, sea o no este un contratante con discapacidad. Ante una tuición abstracta como la que plantea la ventaja injusta de alcance general, la norma del 1302.3 CC resultaría redundante. Asimismo, en la generalización de la norma, o en el alcance limitado del artículo 1302.3 CC, debería plantearse la necesidad de dar cabida a las presunciones descritas en aras a facilitar la carga de la prueba al demandante y, en consecuencia, el éxito ante la impugnación del negocio o contrato celebrado sin las medidas de apoyo prevista (en el supuesto descrito por el CC).

Finalmente, la progresión de normas tales como la ventaja injusta, de alcance general, se incardinan en esta línea de protección abstracta del contratante débil. Dichas normas plantean un paradigma de protección situacional de la parte débil que permiten superar la adopción de categorías (como la de contratante con discapacidad) y descender a la asimetría material que puede resultar

de cada relación contractual. Esta protección concretada por las circunstancias se anticipa en la lectura del artículo 1302.3 CC cuando procede a examinar el supuesto planteado utilizando la expresión «cuando fueran precisas».

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.^a Mercedes: «El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la ley 8/2021 de 2 de junio», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (Dir. Pereña Vicente, Montserrat, Heras Hernández, María del Mar y Nuñez Nuñez, María, Coord.), 2022, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 497-520.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Comentario al art. 1263», en *Series Derecho de la discapacidad. Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en material de discapacidad* (Dir. de Lorenzo García, Rafael, Cayo Pérez Bueno, Luis, Guilarte Martín-Calero, Cristina), 2021, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 988-996.
- «Comentario al art. 1302», en *Series Derecho de la discapacidad. Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en material de discapacidad* (Dir. de Lorenzo García, Rafael, Cayo Pérez Bueno, Luis, Guilarte Martín-Calero, Cristina), 2021, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1011-1021.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúcia: «Formación de la voluntad: riesgos de captación, y “decisión con conocimiento de causa”», en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa* (Dir. Pereña Vicente, Montserrat, Delgado Martín, Palmira; Coord Heras Hernández, María de la Mar), 2015, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 427-438.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil. Libros Quinto y Sexto*, 2016, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BADOSA COLL, Ferran: «L'avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció», en *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, n.º 6, 2014-2016, pp. 363-430.
- BARCELÓ COMPTE, ROSA: «La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta», en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial* (Dir. Gramunt Fombuena, Mariló, Florensa i Tomàs, Carles E.), 2017, Dykinson, Madrid, pp. 273-285.
- *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, 2019, Marcial Pons-Collegi de Notaris de Catalunya, Barcelona.
- BARRAL-VIÑAS, Immaculada: «Freedom of contract, unequal bargaining power and consumer law on unconscionability», en *Unconscionability in European private Financial Transactions. Protecting the vulnerable* (Eds. Kenny, Mel, Devenney, James, Fox O'Mahony, Lorna), 2010, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 46-61.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2015, núm. 97, enero-abril, pp. 345-367.
- BERNAD MAINAR, Rafael: «Incidencia de la Ley 8/2021 en el derecho de obligaciones», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 792, 2022, pp. 2095-2132.

- BIGWOOD, Rick: «Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, vol. 25, Issue 1, March 2005, pp. 65-96.
- BIGWOOD, Rick: «Undue influence: “Impaired Consent” or “Wicked Exploitation”», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1996, vol. 16, n.º 3, pp. 503-515.
- BONNELL, Michael Joachim, *An international Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 1994, Transnational Juris Publications, Inc, Irvington- New York.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «Capítulo 8. La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», en *Nuevas perspectivas del derecho contractual* (Ed. Bosch Capdevila, Esteve), 2012, Bosch, Barcelona, pp. 365-391.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni: *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, 2016, Marcial Pons, Madrid.
- CARO GÁNDARA, Rocío, (2013): «En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva Europea y transnacional* (Ed. Sánchez Lorenzo, Sixto) 2013, Civitas Thomson Aranzadi, Cizur Menor, pp. 55-118.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Reivindicación y defensa de la vieja doctrina «rebus sic stantibus». Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2014», en *Cuadernos civitas de Jurisprudencia civil*, mayo-agosto 2015, pp. 175-206.
- «Contratación por discapacitados con y sin apoyos», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n.º 42/2022, pp. 196-233.
- CHANTEPIE, Gaél: *La lésion*, 2006, L. G. D. J, París.
- CHEREDNYCHENKO, Olha O.: *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, 2007, Sellier European Law Publishers, Utrecht.
- COLLINS, Hugh: «La giustizia contrattuale in Europa», *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2003, pp. 659-685.
- COLOMBI CIACCHI, Aurelia: «Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union», *European Review of Contract Law*, vol. 6, Issue 3, 2010, pp. 303-318.
- CRÉPEAU, Paul-André, CHARPENTIER, Élise-M: *The UNIDROIT Principles and the Civil Code of Québec: shared values?*, 1998, Carswell, Scarborough (Ontario).
- CUENCA GÓMEZ, Patricia: «De objetos a sujetos de derecho. Reflexiones filosóficas sobre el art. 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política* (Dir. Munar Bernat, Pedro Antonio), 2021, Marcial Pons, Madrid, pp. 47-75.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El Negocio Jurídico*, 1985, Civitas, Madrid.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «Dependencia, ventaja excesiva y violencia en la reforma del Código civil francés de 2016», en *Estudios jurídicos Liber Amicorum en honor de Jorge Caffarena* (Dirs. Embid Irujo, José Miguel, Miquel González de Audicana, José María, Morales Moreno, Antonio Manuel y Coords. Arija Soutullo, Carmen, Santos Morón, María José), 2017, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, pp. 613-636.
- DEUTCH, Sinai: *Unfair contracts*, 1977, Lexington Books Lexington, Massachusetts, Toronto.

- DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRIAS, Encarna, MORALES MORENO, Antonio Manuel (2002): *Los principios del Derecho europeo de contratos*, 2002, Civitas, Madrid.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: «La reforma del régimen de anulabilidad, en Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad» en *Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (Dir. por Lledó Yagüe, Francisco, Ferrer Vanrrell, María Pilar, María Ángeles Egusquiza Balmaseda, María Ángeles, López Simó, Francisco), 2023, Dykinson, Madrid, pp. 1151-1180.
- EISENBERG, Melvin Aron: «The Bargain Principle and its limits», *Harvard Law Review*, 1982, vol. 95, Issue 4, pp. 741-801.
- «The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, Nonperformance», *Michigan Law Review*, 2009, vol. 107, Issue 8, pp. 1413-1430.
- EISENMÜLLER, Horst: «Justifying Fair Price Rules in Contract Law», *European Review of Contract Law*, 2015, vol. 11, Issue 3, pp. 220-228.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Fco.: «Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el proyecto de ley por el que se reforma el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad» en Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: *El Derecho en el umbral de la política* (Dir. Munar Bernat, Pedro Antonio), 2021, Marcial Pons, Madrid, pp. 303-322.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, MAZEAUD, Denis, (Eds.): *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commune de référence*, 2008, Société de Législation Comparée, París.
- FENOY PICÓN, Nieves: «El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. IV, pp. 1331-1499.
- FULLER, Lon L., EISENBERG, Melvin Aron: *Basic contract law*, 1996, 6.^a ed., West Publishing, Co., St. Paul, Minn.
- GANDOLFI, Giuseppe (Ed.): *Code Européen des Contrats- Avant-Projet*, 2004, Guiffrière editore, Milano.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Comentario al art. 1263», en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (Dir. García Rubio, María Paz, Moro Almaraz María Jesús; Coord. Varela Castro, Ignacio), 2022, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 623-630.
- «La capacidad para contratar de las personas con discapacidad», en *Estudios de Derecho de contratos* (Dir. Morales Moreno, Antonio Manuel; Coord. Blanco Martínez, Emilio V): 2022 b, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 333-358.
- «La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles», en *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al reconocimiento* (Dir. Llamas Pombo, Eugenio, Martínez Rodríguez, Nieves, Toral Lara, Estrella), 2022 c, Wolters Kluwer, Las Rozas, pp. 47-78.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, VARELA CASTRO, Ignacio: «Comentario al art. 1302» en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (Dir. García Rubio, María Paz, Moro Almaraz María Jesús, Coord. Varela Castro, Ignacio), 2022, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 645-668.
- GINÉS CASTELLET, Núria: «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual», 4/2016, *InDret*, pp. 1-57.

- GÓMEZ BUENDÍA, Carmen: «Laesio enormis y unfair advantage: perspectiva histórica y comparada», *Revista General de Derecho Romano*, 2016, n.º26, pp. 1-19.
- GÓMEZ CALLE, Esther: *Desequilibrio contractual y Tutela del Contratante Débil*, 2018, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel: «Matrimonio, capitulaciones matrimoniales y sociedad de gananciales conforme a las últimas reformas en materia de discapacidad», *Revista de Derecho civil*, 2022, vol. IX, núm. 3, pp. 207-254.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Los principios Lando» en *Derecho contractual europeo: problemáticas, propuestas y perspectivas* (Ed. Bosch Capdevila, Esteve) 2009, Bosch, Barcelona, pp. 151-182.
- GRUNDMAN, Stefan: «European Contract Law(s) of What Colour?» *European Review of Contract Law*, 2005, vol. 1, Issue 2, pp. 184-210.
- HESSELINK, Martijn W.,: «Unconscionability, unfair exploitation and the nature of contract theory. Comments on Melvin Eisenberg's «Foundational Principles of Contract Law»», *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series* n.º2013-03, pp. 1-9.
- HONDIUS, Ewoud: «Finding the law in a new millenium. Prospects for the development of civil law in the European Union» en *D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, 1999, Soc. de Lég. Comparée, Paris, pp. 93-118.
- «The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis», *Journal of Consumer Policy*, 2004, vol. 27, issue 3, pp. 241-251.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: «Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la «undue influence» como vicio del consentimiento», *Revista de Derecho civil*, 2021, vol. VIII, núm. 2, pp. 1-37.
- *El «aprovechamiento injustificado» como vicio del consentimiento. Análisis desde la doctrina de la undue influence del Derecho inglés*, 2022, Tirant lo Blanch, Valencia.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: «Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law, Report on the 2nd Session of the Study Group held in Rome from 5 to April 1982» (prepared by the Secretariat of UNIDROIT), Rome: June 1982, UNIDROIT 1982, Study L-Doc. 22.
- «Working group for the Preparation of Principles for International Commercial Contracts». Principles for International Commercial Contracts, UNIDROIT 1993, Study L- Doc.40 Rev.11.KAPROU, Eleni: «The legal definition of vulnerable consumers in the UCPD: Benefits and limitations of a focus on personal», en *Vulnerable consumers and the law* (Eds. Riefa, Christine, Saintier, Séverine), 2020, Routledge, Oxon, pp. 51-67.
- KENNY, Mel, DEVENNEY, James, FOX O'MAHONY, Lorna: «Introduction: conceptualising unconscionability in Europe», en *Unconscionability in European private Financial Transactions. Protecting the vulnerable* (Eds. Kenny, Mel, Devenney, James, Fox O'Mahony, Lorna), 2010, Cambridge University Press, Cambridge.
- KOROBKIN, Russell: «Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability», *The University of Chicago Law Review*, 2003, vol. 70, Issue 4, pp. 1203-1295.
- KRAMER, Ernst A: «Fair dealing» et vices du consentement» en *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit* (Eds. Bonell, Michael J., Bonelli, Franco), 1997, Guiffè Editore, Milano, pp. 161-170.
- LANDO, Ole (2005): «The European Principles in an Integrated World», *European Review of Contract Law*, 2005, vol. Issue I, pp. 3-18.

- LANDO, Ole, BEALE, Hugh, (Eds.): *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, 2000, Kluwer, The Hague.
- LANDO, Ole, BEALE, Hugh: *Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, 1995, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, Londres.
- *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II (ed. española a cargo de Barres Benlloch, Pilar, Embid Irujo, José Miguel Martínez Sanz, Fernando): 2003, Colegios notariales de España, Madrid.
- LEFF, Arthur Allen: «Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause», *University of Pennsylvania Law Review*, 1967, vol. 115, issue 4, pp. 485-559.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta*, 2019, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LLÁCER MATAcÁS, María Rosa: «La codificación del Derecho contractual de consumo como especialidad civil», en *La codificación del Derecho contractual de consumo en el Derecho civil catalán*, (Coord. Llácer Matacás, María Rosa) 2015, Dykinson, Madrid, pp. 49-90.
- MARTÍN CASALS, Miquel: «From laesio enormis to Unfair Advantage: A Shift in the Contractual Paradigm», en *Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag* (Dir. Wiegand, Wolfgang, Koller, Thomas, Walter, Hans Peter, 2009, Bern, Schulthess, pp. 499-528.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier: «Publicidad de las medidas de apoyo. el equilibrio entre el derecho a la intimidad de la persona con discapacidad y la protección del tráfico jurídico en Anales de Derecho y Discapacidad». *Revista científica de Derecho de la discapacidad*, julio 2022, n.º especial, año VII, pp. 397-406.
- MENYHÁRD, Attila: «Contract Law in a Changing Society»- Hungarian Experiences», en *Private Law and the Many Cultures of Europe* (Eds. Wilhelmsson, Thomas, Paunio, Elina, Pohjolainen, Annika), 2007, Kluwer law international, Alphen aan den Rijn, pp. 105-122.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo: «Standard terms and Transparency in Online Contracts», en *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution* (Ed. De Franceschi, Alberto), 2016, Intersentia, Cambridge, pp. 189-208.
- MONJE BALMASEDA, Oscar: «Capítulo 40. Capacidad para contratar» en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (Dir. Lledó Yagüe, Francisco, Ferrer Vanrrell, María Pilar, Egusquiza Balmaseda, María Ángeles, López Simó, Francisco), 2022, Fundación Notariado, Dykinson, Madrid, pp. 1117-1132.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Validez del contrato» en *Derecho Privado Europeo* (Coord. Cámara Lapuente, Sergio), 2003, Colex, Madrid, pp. 371-398.
- *La modernización del Derecho de obligaciones*, 2006, Thomson Civitas, Cizur Menor.
- MORENO CASTRO, Yaiza: «La reforma del Código civil para el apoyo a las personas con discapacidad: la introducción de la ventaja injusta», en *La sociedad 4.0: nuevos restos para el siglo XXI* (Dir. Fontestad Portales, Leticia; Coord. Pérez Tortosa), 2023, Colex, A Coruña, pp. 37-52.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «El abuso de debilidad, confianza o dependencia» en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional, Tomo I* (Ed. Sánchez Lorenzo, Sixto), 2016, Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 1303-1335.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consa-

- gradas en la ley 8/2021, de 2 de junio» en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (Dir. Pereña Vicente, Montserrat, Heras Hernández, María del Mar; Coord. Núñez, Núñez, María,), 2022, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 155-184.
- «El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del código civil», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política* (Dir. Munar Bernat, Pedro Antonio), 2021, Marcial Pons, Madrid, pp. 197-241.
- PERFETTI, Ubaldo, (2009): «La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del Diritto Privato Europeo», *Rivista Di Diritto Civile*, 2009, n.º 6, pp. 669-687.
- PFEIFFER, Thomas: «Defects in consent», en Schulze, Reiner (ed.), *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, 2012, Baden-Baden: C. H. Beck - Hart - Nomos, pp. 254-302.
- PINEAU, Jean, BURMAN, Danielle, GAUDET, Serge: *Théorie des obligations*, 2001, 4.ª Ed., Montréal: Les Éditions Thémis, Montréal.
- POSNER, Eric A.: «Contract law in the welfare state: a defense of the unconscionability doctrine, usury laws, and related limitations on the freedom of contract», *Journal of Legal Studies*, 1995, vol. XXIV, pp. 283-319.
- QUINN, Gerard: Personhood & Legal capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD», HPOD Conference, Harvard Law School, 2010, pp. 1-22.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «La proyectada reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (Álvarez Lata, Natalia), 2022, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 161-187.
- RUBIO GIMENO, Gemma: «La contratación entre cónyuges o convivientes en los pactos sobre ruptura de pareja: ¿un contexto negocial naturalmente asimétrico?», en *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución Española* (Coord. Serrano de Nicolás, Ángel) 2021, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, pp. 147-182.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Capacidad jurídica y discapacidad. Las vías impugnatorias de los actos celebrados por la persona del discapacitado. La desaparición del principio de protección del interés del discapacitado», en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (Coord. de Lucchi López-Tapia, Yolanda, Quesada Sánchez, Antonio José, Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel), 2022, Atelier, Barcelona, pp. 73-100.
- RUTGERS, Jacobien: «European contract law and social justice», en *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (Ed. Twigg-Flesner, Christian), 2016, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- SCHULZE, Reiner, STUYCKE, Jules, (Eds.): *Towards a European Contract Law*, 2011, European law publishers, Munich.
- SHIFFRIN, Seana Valentine: «Paternalism, Unconscionability Doctrine, and accommodation», *Philosophy & Public Affairs* 2000, vol. 29, Issue 3, pp. 205-250.
- SPEIDEL, Richard E.: «Unconscionability, assent and consumer protection», *University of Pittsburgh Law Review*, 1969, vol. 31, pp. 359-376.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) VON BAR, Christian, CLIVE, Eric, (Eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. DCFR Full Edition*, 2009, Sellier. European law publishers, Munich.

- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: «La sustitución del «buen padre de familia» por el estándar de la «persona razonable», en *Revista de Derecho civil*, 2015, vol. II, núm. 1 (enero-marzo de 2015), pp. 57-103.
- VALLS I XUFRE, Josep Maria: «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (Dir. Pereña Vicente, Montserrat, Heras Hernández, María del Mar y Nuñez, Nuñez, María, Coord.), 2022, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 85-154.
- VAN ERP, Sjef, (2011): «The Pre-contractual Stage» en *Towards a European Civil Code* (Coords. Hartkamp, Arthur, Hesselink, Martijn W., Hondius, Ewoud, Mak, Chantal, Du Perron, Edgar), 2011, Kluwer law international, Alphen aan den Rijn, pp. 363-380.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «Los retos a afrontar en el Derecho de obligaciones» en *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al reconocimiento* (Dir. Llamas Pombo, Eugenio, Martínez Rodríguez, Nieves, Toral Lara, Estrella), 2022, Wolters Kluwer, Las Rozas, p. 179-270.
- YAÑEZ VIVERO, Fátima: *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de renovación del Derecho contractual*, 2019, Tirant lo Blanch, Valencia.

Fundamentación jurídica y evolución diacrónica de la responsabilidad de los que actúan en nombre de una sociedad de capital antes de su constitución*

MAURICIO TRONCOSO

Profesor titular de Derecho mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto estudiar el fundamento de la responsabilidad de las personas que actúan en nombre de una sociedad de capital antes de que la misma se constituya, así como la incidencia que sobre la misma tiene la constitución de la sociedad y su posterior inscripción, teniendo en cuenta los Derechos alemán, francés y español.

PALABRAS CLAVE

Actuantes, sociedad prefundacional, sociedad en formación.

Legal basis and diachronic evolution of the liability of those acting in the name of a company prior to its formation

ABSTRACT

The aim of this paper is to study the legal basis of the liability of the persons acting in the name of a company before it is formed, as well as the impact of the formation of the company and its subsequent registration, taking into account German, French and Spanish law.

* Este trabajo está destinado al libro homenaje al Prof. Ángel Rojo. El mismo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación «Gobierno corporativo: el papel de los socios III» (PID2022-138664NB-C21) (A. Perdices Huetos; y, B. Bago Oria (dir)).

KEYWORDS

Acting person, pre-formation company, company in formation.

SUMARIO: I. Introducción.–II. La responsabilidad antes de la constitución de la sociedad. 1. Regla general. 1.1 Derechos alemán y español. 1.2 Derecho francés. 2. Excepciones.–III. La responsabilidad en la etapa entre la constitución de la sociedad y su inscripción. 1. Regla general. 1.1 Derechos alemán y español. 1.2 Derecho francés. 2. La situación en Derecho alemán y español: la excepción a la regla. 2.1 Cuestiones que plantea la ratificación. 3. La situación en Derecho francés: consecuencias de la celebración del contrato de sociedad.–IV. La responsabilidad después de la inscripción. 1. Primer escenario: que la sociedad inscrita haga suyos los actos realizados por los actuantes (precontractuales). 2. Segundo escenario: que la sociedad inscrita no haga suyos los actos realizados por los actuantes (precontractuales).–V. Conclusión.–Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo realiza un estudio diacrónico de la responsabilidad de los que actúan en nombre de una sociedad de capital antes su constitución, comenzando por el momento en el que esta responsabilidad surge, i.e antes de la celebración del contrato de sociedad (sub II), para pasar luego a analizar su evolución tras la constitución de la misma (sub III) y su posterior inscripción (sub IV).

El objetivo del mismo es contrastar las soluciones del ordenamiento español con las de otros países de nuestro entorno. La elección de los ordenamientos a comparar obedece, no solo a su importancia, sino sobre todo al hecho de que los mismos son ejemplos paradigmáticos de los dos modelos de formación de la sociedad de capital que tradicionalmente se han distinguido en Europa: el modelo societario, caso del ordenamiento alemán, y el modelo obligacional, caso del ordenamiento francés.

Por último, indicar que el trabajo se centra exclusivamente en la responsabilidad civil de los que actúan en nombre de la sociedad antes de su constitución, dejando de lado otras posibles responsabilidades, como la administrativa o la penal.

II. LA RESPONSABILIDAD ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

1. REGLA GENERAL

La responsabilidad por los actos realizados en nombre de una sociedad de capital antes de que la misma se constituya recae nor-

malmente en aquellas personas que hayan celebrado dichos actos [a las que vamos a denominar «actantes (precontractuales)», para diferenciarlas de aquellas personas que actúan en nombre de la sociedad durante el periodo que va desde la celebración del contrato de sociedad –constitución de la sociedad– hasta su inscripción, que son a los que normalmente la literatura se refiere bajo el término «actantes»/«*Handelnden*» y a las que nos referiremos con el nombre de «actantes (postcontractuales)»].

1.1 Derechos alemán y español

En los ordenamientos alemán y español esta regla se deduce de las reglas comunes en materia de responsabilidad. Así, dado que en estos casos esta persona estaría actuando en nombre de una futura sociedad (o, en su caso, de una futura *sociedad en formación/Vorgesellschaft*¹) estaríamos ante un supuesto de *falsus procurator* (i.e. de actuación en nombre de una persona sin tener poder para ello, puesto que el representado –la sociedad– aún no existe y por tanto no ha podido otorgar ningún poder), lo que generaría su responsabilidad de acuerdo con las reglas comunes (v. por ejemplo en Derecho alemán el §179 BGB o en Derecho español el art. 1259 Cc en conexión con el art. 1902 Cc).

Con todo, es necesario indicar que en Derecho español no toda la doctrina ha aceptado esta fundamentación², sino que parte de ella lo ha fundamentado en aplicar la regla de la responsabilidad de los actantes cuando existe una *sociedad en formación* (los actantes (postcontractuales) a los que se refiere el art. 36 LSC, también a la etapa en la que esta sociedad aún no existe³).

Esta polémica también se ha dado en Derecho alemán, puesto que los §11 Abs. 2 GmbHG y §41 Abs. 1 AktG indican que por los actos realizados en nombre de la sociedad antes de la inscrip-

¹ Como comentaremos más adelante (*vid. infra* III.), utilizamos el término *sociedad en formación/Vorgesellschaft* para referirnos a la sociedad dotada de personalidad jurídica que surge en algunos ordenamientos (en concreto aquellos que siguen el llamado «modelo societario» de formación de la sociedad como Alemania o España) como consecuencia del otorgamiento de la escritura pública (i.e. la celebración del contrato de sociedad).

² *Vid.* sin embargo a favor de la aplicación de las reglas comunes y, en concreto del artículo 1259 Cc, SÁEZ LACAVE, 2001, p. 79 y CABANAS, *CDC*, 2017, pp. 170 y 175. Recientemente se manifiesta en contra de la aplicación del artículo 36 LSC a la sociedad prefundacional y a favor del empleo del artículo 1259 Cc MUÑOZ PAREDES, 2023, pp. 67-68.

³ *Vid.* por ejemplo SELVA SÁNCHEZ, 1992, p. 414. En el mismo sentido VIGUERA, *RdS*, 1998, 10, p. 59. Puede verse una referencia a este debate en SÁEZ LACAVE, 2001, pp. 310-311.

Acerca del ámbito de aplicación del artículo 36 LSC, puede verse nuestro trabajo «¿Cuál es el ámbito de aplicación del art. 36 LSC (Sobre el concepto de actante en la sociedad en formación)», *RdS*, 2023, 68, pp. 225-233.

ción responden los que hubieran actuado⁴, con lo que al no efectuar ningún tipo de distinción se puede considerar, y así se hizo durante algún tiempo, que estos preceptos resultan de aplicación tanto a la etapa anterior a la constitución de la sociedad, como al periodo entre la constitución de la sociedad y su posterior inscripción⁵. Sin embargo, hoy en día se entiende mayoritariamente que estas normas no son de aplicación en el *Vorgründungsstadium* (etapa prefundacional)⁶, sino que solo lo son con relación a la *Vorgesellschaft* (sociedad en formación)⁷, de manera que la responsabilidad de los actuantes (precontractuales) en Derecho alemán también se fundamentaría en las reglas comunes (§179 BGB), al menos cuando no exista una *Vorgründungsgesellschaft* (sociedad prefundacional)⁸.

Debe indicarse, no obstante, que la posición de la doctrina alemana es más compleja que la de la doctrina española, puesto que con respecto a la cuestión de la responsabilidad de los actuantes

⁴ §11 Abs. 2 GmbHG: «Ist vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch.» («Si se ha actuado en nombre de la sociedad antes de la inscripción, los actuantes responden personal y solidariamente»).

§41 Abs. 1 AktG: «Vor der Eintragung in das Handelsregister besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht. Wer vor der Eintragung der Gesellschaft in ihrem Namen handelt, haftet persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner.» («Antes de la inscripción en el registro mercantil no existe la sociedad anónima como tal. Quien actúe en nombre de la sociedad antes de su inscripción responderá personalmente; si actúa más de una persona, responderán solidariamente»).

⁵ *Vid.* en este sentido más recientemente, por ejemplo, KIESSLING, 1999, pp. 382-383, 391-392 y 393. Para una referencia a esta evolución, *vid.* por ejemplo ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn. 131.

⁶ Así, la mayoría de la doctrina alemana considera que los §11 Abs. 2 GmbHG y §41 Abs. 1 AktG

(a) bien no son de aplicación cuando existe una *Vorgründungsgesellschaft* (sociedad prefundacional) *vid.* por ejemplo PENTZ, 2019, §41, Rn. 20; ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn. 30; SERVATIUS, 2022, §11, Rn. 50;

(b) bien consideran que no son de aplicación, en general, en el *Vorgründungsstadium* (etapa prefundacional), *vid.* por ejemplo HEINZE, 2022, §2, Rn. 226; FASTRICH, 2019, §11, Rn. 50; ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn. 30, 131; PRIESTER, 2018, §15, Rn. 40; RAFF, 2022, §2, Rn. 132; SCHMIDT, *GmbH-Rdsch.*, 1982, 1, p. 8; SCHMIDT, 2016, §41, Rn. 35. *Vid.* no obstante también SCHMIDT, 2018, §11, donde se muestra un tanto contradictorio, puesto que por una parte mantiene (Rn. 18) «wurde aber im Vorgründungsstadium schon “im Namen der Gesellschaft” gehandelt, so muss zunächst gefragt werden, ob der für die Gründer Handelnde als Vertreter der künftigen Vor-GmbH und GmbH (*dann § 11 GmbHG*)» (cursiva nuestra) («Si, por el contrario, ya se ha actuado “en nombre de la sociedad” en la etapa prefundacional, habrá que preguntarse en primer lugar si la persona que actúa para los fundadores lo hace como representante de la futura pre-GmbH y GmbH (entonces §11 GmbHG)», mientras que posteriormente afirma (Rn. 24) «Es gibt im Vorgründungsstadium keine Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2. («en la etapa prefundacional no existe una responsabilidad de los actuantes según el §11 (2)»).

⁷ *Vid.* por todos, ULMER y HABERSACK, 2019, §11 Rn. 126.

⁸ Llamamos sociedad prefundacional (*Vorgründungsgesellschaft*) a la sociedad dotada de personalidad jurídica que en algunos ordenamientos como el alemán o el español puede nacer como consecuencia de que se celebre un contrato de sociedad antes de que se constituya la sociedad de capital.

(precontractuales), cuando actúan en nombre de una futura sociedad en formación o sociedad inscrita, la misma distingue entre diferentes escenarios (no siendo éstos del todo concordantes entre los diversos autores), escenarios que fundamentalmente podemos delimitar en función de si existe, o no, una sociedad prefundacional y de si se ha dado, o no, a conocer a la contraparte que (aún) no existe la sociedad en formación o la sociedad inscrita.

(a) Así, de un lado, en el caso de que exista una sociedad prefundacional y se actúe en nombre de una sociedad en formación o sociedad inscrita, se mantiene que, «en aplicación de los principios de los negocios empresariales es la sociedad prefundacional, como verdadero titular (de la empresa), la que tiene derechos y queda obligada»⁹, por tanto, la que responde, sin que aparentemente lo sea en estos supuestos el actuante (precontractual) [aunque los autores alemanes no suelen explicitarlo, debe igualmente entenderse que los mismos parecen tácitamente partir de la asunción de que en estos casos estaríamos ante supuestos en los cuales los actuantes (precontractuales) estarían actuando con poder de la sociedad prefundacional¹⁰].

Ciertamente, algunos autores delimitan la responsabilidad de la sociedad prefundacional circunscribiéndola, bien a los casos en los que no se indica que la sociedad en formación (o la sociedad inscrita) no existe todavía¹¹, bien con respecto a aquéllos otros en los que, incluso aunque esto se indique, de la interpretación del contrato se deduce que el mismo no está sujeto a condición suspensiva¹².

La mayoría de los autores, sin embargo, se limitan a hacer referencia a que la sociedad prefundacional responde, aunque se haya actuado en nombre de una futura sociedad en formación o sociedad inscrita, pero guardan silencio acerca de si la existencia de esta responsabilidad depende o no de que no se diga nada acerca de la no existencia de la sociedad en formación o la sociedad inscrita¹³.

⁹ Cfr. por todos WÖSTMANN, 2022, §11, Rn. 7: «Die Vorgründungsgesellschaft ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder, wenn bereits ein Handelsgeschäft betrieben wird, eine offene Handelsgesellschaft. Da sie weder mit der späteren GmbH noch mit der Vor-GmbH identisch ist, werden im Allgemeinen weder die künftige GmbH noch die Vor-GmbH Vertragspartnerin, wenn die Gründer vor Abschluss des Gesellschaftsvertrags für eine «GmbH» oder «GmbH in Gründung/i. Gr» handeln; vielmehr wird hierdurch nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts die Vorgründungsgesellschaft als wahrer Rechtsträger berechtigt und verpflichtet.» («La sociedad prefundacional es una sociedad civil o, si se ejerce ya una actividad comercial, una sociedad colectiva. Dado que no es idéntica, ni a la posterior GmbH, ni a la sociedad en formación, ni la futura GmbH ni la sociedad en formación se convierten generalmente en parte contratante, si los fundadores actúan en nombre de una «GmbH» o «GmbH en formación/i. Gr»; más bien, en aplicación de los principios de los negocios empresariales es la sociedad prefundacional, como verdadero titular (de la empresa), la que tiene derechos y queda obligada».

¹⁰ Con todo, parecen aludir a esta cuestión, PENTZ, 2019, §41 Rn. 20; ALTMPEPEN, 2023, §11, Rn 9.

¹¹ Cfr. FASTRICH, 2019, §11, Rn. 36; SERVATIUS, 2022, §11, Rn. 36.

¹² Cfr. FASTRICH, 2019, §11, Rn. 36, *in fine*.

¹³ *Vid.* en esta línea, BLATH, 2023, §11 Rn 28; HEINZE, 2022, §2, Rn. 262 (refiriéndose a la responsabilidad de los socios de la sociedad prefundacional, lo que a su vez

(b) De otro lado, el hecho de que la doctrina alemana considere que la sociedad prefundacional es responsable en estos supuestos, no resulta óbice para que los autores también afirmen con carácter general que en el caso de que el actuante (precontractual) actúe sin poder (en nombre de la sociedad en formación o de la sociedad inscrita) respondería como falsus procurator en aplicación del §179 BGB¹⁴ [ciertamente, esta regla no la consideran de aplicación en el supuesto sub (a), probablemente porque entiendan que, en el caso de que exista una sociedad prefundacional y se sea apoderado de la misma, no estamos en presencia de un falsus procurator, a pesar de que no se actúe en nombre de la sociedad prefundacional, sino de una sociedad en formación o sociedad inscrita (todavía) no existente].

Con todo, algún autor parece referir la aplicación del §179 BGB a aquellos casos en los que no exista una sociedad prefundacional¹⁵, de forma que es cuando no se hace indicación de que la sociedad en formación o inscrita no existe aún¹⁶ cuando el actuante responde en aplicación del §179 BGB como falsus procurator¹⁷, pero que si manifiesta que la sociedad en formación o inscrita no existe aún, entonces debe entenderse que el contrato queda sujeto a condición suspensiva y el actuante (precontractual) no responde¹⁸.

1.2 Derecho francés

En Derecho francés, por el contrario, la fundamentación de la responsabilidad de los actuantes (tanto precontractuales, como postcontractuales), va a depender del concepto en el que hayan actuado.

La posición de la jurisprudencia francesa, acerca de que la fundamentación de la responsabilidad de los actuantes (tanto precontractuales, como postcontractuales) depende del concepto en el que hayan actuado, choca con el planteamiento mantenido por otros ordenamientos, donde esto no tiene relevancia; esto es, por lo que a nosotros nos interesa ahora aquí, la fundamentación de la responsabilidad del actuante (precontractual) es la misma, tanto si ha actuado en nombre de una (presunta, pero todavía no existente)

implica, que existe una sociedad prefundacional); PRIESTER, 2018, §15, Rn. 37; PENTZ, 2019, §41, Rn. 20; WÖSTMANN, 2022, §11, Rn. 7; MERKT, 2022 §11, Rn. 115; ALTMEPPEL, 2023, §11, Rn 9. Parecen moverse también en esta misma línea ULMER y HABERSACK, 2019, §11 Rn 132.

¹⁴ Cfr. SERVATIUS, 2022, §11, Rn.. 50; HEINZE, 2022, §2, Rdn. 262 *in fine*; FAS-TRICH, 2019, §11, Rn. 50; HEIDINGER, 2023, §41 Rn. 80; PENTZ, 2019, §41, Rn. 20.

¹⁵ Cfr. BLATH, 2023, §11 Rn 32-40.

¹⁶ Cfr. BLATH, 2023, §11 Rn 38.

¹⁷ Cfr. BLATH, 2023, §11 Rn 39., *Vid.* también en este sentido PRIESTER, 2018, §15, Rn. 41.

¹⁸ Cfr. BLATH, 2023, §11 Rn 37.

sociedad en formación, como si lo ha hecho en nombre de una (presunta, pero todavía no existente) sociedad inscrita¹⁹.

i) Así, si lo han hecho indicando que lo hacían en nombre de una sociedad «*en formation*»²⁰, entonces su responsabilidad no deriva de la aplicación de las reglas comunes, sino que se encuentra regulada en las reglas especiales recogidas en los artículos 1843 *Code civil* (para las sociedades en general) y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles). De acuerdo con estos preceptos, las personas que actúan en nombre de la sociedad «*en formation*» antes de su inscripción responderán de las obligaciones derivadas de los actos así realizados²¹. Esto significa que, en estos casos, y a diferencia de lo que ocurre en Derecho alemán o español, los actuantes responden, no como *falsus procurator*, sino como contratantes²².

ii) Si, por el contrario, actúan en nombre de una sociedad, pero sin indicar que la misma está «*en formation*» (tanto da que no se indique nada, como que se utilice otra fórmula distinta, por ejemplo

¹⁹ Así, por ejemplo, *vid.* en la doctrina alemana ULMER y LÖBBE, 2019, §2 Rn. 60; SCHMIDT, 2018, §11, Rn. 22.

²⁰ A pesar de que los artículos 1843 *Code civil* y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* no establecen la obligación de utilizar ninguna expresión, la jurisprudencia francesa considera que solo es posible aplicarlos si el actuante indica explícitamente que actúa en nombre de una sociedad «*en formation*».

Vid. en ese sentido, afirmando que la ley no establece con claridad este requisito, DONDERO, *Gazette du Palais*, 6 mai 2014, p. 17; CONSTANTIN, *Bulletin Jolly Sociétés*, num. 02, fevr. 2014 – p. 67

²¹ Artículo 1843 *Code civil*: «Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas» («Las personas que hayan actuado en nombre de una sociedad en formación antes de su registro responden de las obligaciones derivadas de los actos así realizados, solidariamente si se trata de una sociedad mercantil, sin responsabilidad solidaria en los demás casos»).

Artículo L.210-6 al. 2 *Code de commerce*: «Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis» («Las personas que hayan actuado en nombre de una sociedad en formación antes de que ésta haya adquirido personalidad jurídica son solidariamente e indefinidamente responsables de los actos así realizados»).

Acerca de que se actúe por «personnes qui ont agi au nom d'une société en formation» (y por tanto, acerca de la determinación de las personas responsables), *vid.* GIBIRILA, *JurisClasseur Civil Code*, 2020, nums 60-64

²² Cfr. COZIAN, VIANDIER y DEBOISSY, 2019, núm. 330 p. 126; núm. 332, p. 126; MASSART, *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire* núm. 147, mayo 2016, dossier 3, núm. 137; DAUBLON, *Répertoire Defrénois*, 1977, art. 31393, núm. 9, pp. 667-668; GIBIRILA, *JurisClasseur Civil Code*, 2020, núm. 36.

Vid. también, remarcando la diferencia entre la regulación francesa y la contenida en la Directiva POSEZ, 2015, p. 115, núm. 50, nota 277

Sobre esta cuestión puede verse también nuestro trabajo «Unauthorized agent and Company in formation in French Law», *European Company and Financial Law Review*, 2023, pp. 519-546

«*en cours d'immatriculation*» o «*en cours d'enregistrement*»²³), entonces ya no resultarían de aplicación los referidos preceptos, por lo que la responsabilidad de los actuantes se deduciría de la aplicación de las reglas comunes. Además, es necesario indicar que la jurisprudencia francesa considera que en estos casos el acto está viciado de nulidad absoluta, por lo que no es susceptible de confirmación o ratificación por un acto unilateral, ni expreso ni tácito, por parte de la sociedad después de su inscripción²⁴.

2. EXCEPCIONES

Existen excepciones a esta regla general, es decir, supuestos en los que los actuantes (precontractuales) no responden por estos actos.

a) El supuesto más paradigmático es aquel en el que se estipula con la contraparte que estos actos precontractuales solo surtirán efectos, ya sea, como en Derecho francés, cuando se produzca una *reprise* (asunción) de los mismos por la sociedad inscrita²⁵, ya sea, como en Derecho alemán o español, cuando sean ratificados por la futura sociedad en formación o por la futura sociedad inscrita (contratos sujetos a condición suspensiva)²⁶.

b) En Derecho alemán o español el actuante (precontractual) tampoco respondería si manifestara al tercero que actúa sin poder²⁷

²³ Vid. en este sentido, por ejemplo, Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 2 mai 2007, 05-14.071, Inédit. Vid. también Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 13 novembre 2013, 12-26.158, Inédit.

En la doctrina, vid. por todos, BARBIERI, *Revue des sociétés*, 2021, pp. 506-507; LE CANNU y DONDERO, 2022, núm.. 349, p. 259.

²⁴ Vid. *infra* nota 75.

²⁵ Aunque es distinto el supuesto que plantean, vid. por ejemplo GERMAIN y MAGNIER, 2017, núm. 1569, p. 65, los cuales consideran que «Es generalmente admitido que el que negocia pueda estipular en la escritura que quedará liberado de toda obligación si la sociedad no se inscribe o si no se hace cargo del compromiso contraído en su nombre». La diferencia entre una estipulación de este estilo y la planteada en el texto es que, si se configura como una condición suspensiva, el acto no surtiría efectos hasta que no se cumpliera, por lo que mientras tanto el actuante precontractual no sería responsable (y tampoco lo sería luego, puesto que se habría producido la *reprise* (asunción) del mismo por la sociedad). Por el contrario, con la estipulación a la que se refieren estos autores el actuante dejaría de ser responsable si la sociedad no se inscribe o no lleva a cabo una *reprise* (asunción) de estos actos, lo que significa que sí sería responsable hasta el momento en el que razonablemente debería de haberse producido la inscripción o la *reprise* (asunción).

²⁶ Así, indicando expresamente que los actuantes (precontractuales) no responden por estos actos BLATH, 2023, §11 Rn. 37.

Acerca de la posibilidad de establecer una condición suspensiva, vid. en la doctrina alemana SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 21, p. 604; ULMER y LÖBBE, 2019, §2 Rn. 60; FASTRICH, 2019, §11, Rn. 37; PRIESTER, 2018, §15, Rn 39; y en la doctrina española SÁEZ LACAWE, 2001, p. 79.

²⁷ La cuestión es clara en Derecho alemán, en la medida en que, con la manifestación del *falsus procurator*, el tercero pasa a tener conocimiento de la falta de poder, lo que

o si de cualquier otra forma el tercero conociera o debiera conocer la falta de poder del actuante (precontractual) (Cfr. en Derecho alemán §179 (3) BGB²⁸).

III. LA RESPONSABILIDAD EN LA ETAPA ENTRE LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD Y SU INSCRIPCIÓN

Nos corresponde ahora analizar cómo afecta la constitución de la sociedad a la responsabilidad de los actuantes (precontractuales). Para ello es necesario tener presente que en los ordenamientos alemán y español, como ya adelantamos²⁹, la celebración del contrato de sociedad (i.e el otorgamiento de la escritura pública) va a dar lugar al nacimiento de una sociedad (*Vorgesellschaft*, *sociedad en formación*) dotada de personalidad jurídica.

1. REGLA GENERAL

La regla es que esta responsabilidad no se ve modificada por la constitución de la sociedad de capital, por lo que subsiste tras la misma.

1.1 Derechos alemán y español

En los Derechos alemán y español, esta regla se fundamenta en el hecho de que, como hemos comentado, la responsabilidad de los actuantes (precontractuales) deriva de haber actuado como *falsus procurator*. Pues bien, esta responsabilidad, como veremos

a su vez excluye la responsabilidad del primero (cfr. §179 (3) BGB).

En Derecho español también se considera que en estos casos no responde el *falsus procurator* (vid. en ese sentido, refiriéndose a los actuantes (postcontractuales), pero perfectamente trasladable a los actuantes (precontractuales), SÁEZ LACAVE, 2001, p. 320

²⁸ §179 BGB: (3) «Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat». («El representante no responde si la otra parte conocía o debería haber conocido la falta de poder de representación. El representante tampoco responde si estaba limitado en su capacidad jurídica, a menos que actuara con el consentimiento de su representante legal».)

Vid. por ejemplo, en la doctrina alemana SCHMIDT, J., 2017, §2, Rn. 75; BORMANN y STELMASZCZYK, 2023, §2., Rn. 75, PRIESTER, 2018, §15, Rn. 41

En Derecho español, parece también entenderse que en estos casos no responde el *falsus procurator* (vid. en este sentido SÁEZ LACAVE, 2001, p. 319).

²⁹ Vid. *supra* nota 1.

a continuación, solo cesa con la ratificación por parte del supuesto representado y, por tanto, no se ve afectada por la celebración del contrato de sociedad (salvo lógicamente que así se pacte con el tercero –que no acreedor³⁰–).

1.2 Derecho francés

En Derecho francés, por el contrario (y como ya hemos también comentado, – *vid. supra* II, 1, 1.2–), la responsabilidad de los actuantes (tanto precontractuales, como postcontractuales), no es una responsabilidad en cuanto que *falsus procurator*, sino que presenta otros fundamentos jurídicos. Así, en este ordenamiento es preciso diferenciar, como ya vimos, en función del concepto en el que éstos hayan actuado, puesto que si lo habían hecho indicando que lo hacían en nombre de una sociedad «*en formation*» responderían en cuanto que contratantes, mientras que si habían actuado en nombre de una sociedad, pero sin indicar que la misma estaba «*en formation*», su responsabilidad se deducía de la aplicación de las reglas comunes. En ambos casos, no parece que la responsabilidad de los actuantes se vea alterada por la mera celebración del contrato de sociedad³¹.

No obstante, la celebración del contrato de sociedad, en el supuesto de que se haya actuado indicando que se hacía en nombre de una sociedad «*en formation*», sí que puede dar lugar a que potencialmente se amplíe el círculo de personas responsables de ese acto, si en el momento de la firma de los estatutos se anexa a los mismos «la declaración de los actos realizados en nombre de la sociedad en formación, con una indicación, para cada uno de ellos, del compromiso que se derivaría para la sociedad» [cfr. art. 6 al. 1 y al. 2 Décret n° 78-704³² (para las sociedades en general), arts. R.210-5 al. 1 y al. 2 (para las SL) y R.210-6 al. 1 y al. 2 (para las SA sin oferta pública) *Code de commerce*]³³.

³⁰ Como hemos visto (*vid. supra* II, 1, 1.1), la relación jurídica del actuante (precontractual) con el tercero se rige en estos ordenamientos por las reglas del *falsus procurator*. De ello se sigue que el actuante (precontractual), como cualquier otro supuesto de *falsus procurator*, tenga una responsabilidad extracontractual frente al tercero, pero no sea deudor del mismo, puesto que su relación jurídica es ineficaz (cfr. §177 (1) BGB, art. 1259 II Cc); en otras palabras, no existe ninguna relación obligatoria entre el actuante (precontractual) y el tercero, por lo que éste último no es acreedor del primero.

³¹ *Vid.* al respecto nuestras consideraciones *infra* III, 3.

³² Décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil.

³³ *Vid.* al respecto *infra* nota 57.

2. LA SITUACIÓN EN DERECHO ALEMÁN Y ESPAÑOL: LA EXCEPCIÓN A LA REGLA

Esta regla lógicamente cede, en los ordenamientos alemán y español, cuando su responsabilidad por haber actuado como *falsus procurator* se extinga.

En estos ordenamientos, dónde debe entenderse que se aplican las reglas comunes del *falsus procurator* también a los actuantes (precontractuales) (*vid. supra* II, 1, 1.1), esto sucederá, como regla general, cuando el (falso) representado ratifique lo realizado por el actuante (precontractual) sin poder³⁴.

Por lo que respecta al Derecho alemán o español, conviene indicar que la liberación del actuante (precontractual), como la del actuante (postcontractual), en contra de lo que tal vez se pudiera llegar a mantener en una primera aproximación³⁵, no puede tener lugar por medio de una asunción de deuda [i.e. pretender que la sociedad en formación pudiera asumir una (presunta) deuda que tuviera el actuante (precontractual) con el tercero] puesto que, como hemos visto (*vid. supra* II, 1, 1.1), la relación jurídica del actuante (precontractual) con el tercero se rige en estos ordenamientos por las reglas del *falsus procurator*, lo que imposibilita que en estos casos se pueda producir una asunción de deuda.

En efecto, la asunción de deuda (que si es consentida por el acreedor va a dar lugar al cambio de deudor), presupone la existencia de una obligación válida entre el anterior deudor y el acreedor. Sin embargo, en los supuestos de los que nos estamos ocupando, lo que se produce es una actuación de una persona (el actuante –precontractual–) en nombre de la sociedad (tanto da que sea la sociedad inscrita, como la sociedad en formación), sin tener poder para ello. De ahí que, como acabamos de

³⁴ Aunque no se indique expresamente en el §177 BGB, ni en el artículo 1259 II Cc cuando se ocupan de las consecuencias de la ratificación, parece claro que la responsabilidad del *falsus procurator* trae causa de la ineficacia del contrato con el tercero (*vid.* por ejemplo en este sentido en la doctrina alemana, SCHRAMM, 2006, §177, p. 2153, Rn. 49). En consecuencia, su responsabilidad, como regla general, cesa cuando el contrato deviene eficaz como consecuencia de la ratificación (véanse en este sentido en la doctrina alemana, SCHRAMM, 2006, §177, p. 2156, Rn. 59).

Con respecto al cese de la responsabilidad del actuante precontractual en caso de ratificación por parte de la sociedad en formación, *vid. infra* nota 41; y con respecto al cese de la responsabilidad en caso de ratificación por parte de la sociedad inscrita, *vid. infra* nota 63.

³⁵ Así, por ejemplo, con respecto a los actuantes (postcontractuales), *vid.* en la doctrina española ALONSO UREBA, 1991, p. 600, dónde afirma «este último precepto [refiriéndose al art. 15.3 LSA], plantea en su inciso segundo [que se corresponde con el actual art. 38.1 segundo inciso LSC] el supuesto de asunción voluntaria por la sociedad de actos o contratos realizados en su nombre en la fase fundacional»; p. 600: «pues el artículo 15.3 TRLSA puede implicar una subrogación automática, ipso iure, de la sociedad en la posición acreedora o deudora de quién realizó el acto o negocio en cuestión en nombre de la sociedad. Esta subrogación automática supone una excepción al régimen general sobre novación de la obligación»; *vid.* también p. 601.

comentar³⁶, lo actuado por el *falsus procurator* sea ineficaz, aunque pueda ser ratificado por el representante. En otras palabras, entre el actuante (precontractual) y el tercero no existe una relación jurídica válida, i. e. por lo que a nosotros nos interesa aquí una relación obligatoria (por este motivo no se puede considerar al tercero como un acreedor), sino que lo que ocurre es que el actuante (precontractual) tiene una responsabilidad extracontractual frente al tercero (cfr. por ejemplo en Derecho alemán, §179 BGB; o Derecho español art. 1259 Cc en conexión con el art. 1902 Cc). En definitiva, la sociedad en formación no puede asumir una deuda que no existe³⁷, por lo que no es posible que se subrogue en la posición jurídica del actuante (precontractual).

2.1 Cuestiones que plantea la ratificación

Dos cuestiones es preciso analizar con respecto a esta ratificación.

a) La primera es *a nombre de quién tiene que haber sido realizado el acto para que se puede producir la ratificación*.

i) Así, en estos ordenamientos en los que se contempla la existencia, como hemos comentado³⁸ de una *Vorgesellschaft*/sociedad en formación, esta ratificación se podría producir, en principio (supeditado a que la persona que ratifique tenga poder, cuestión que analizaremos a continuación sub b), cuando la actuación precontractual haya sido realizada en nombre de ésta³⁹.

Con la ratificación, el supuesto representado, la sociedad en formación, comenzará a ser responsable por estos actos⁴⁰, cesando la responsabilidad del actuante (precontractual)⁴¹.

Es importante precisar que la responsabilidad de los actuantes no «pasa» a la sociedad en formación y ello porque, de acuerdo con las reglas comunes, cuando se produce la ratificación por parte del

³⁶ *Vid. supra* nota 30.

³⁷ Aunque se refiere a otro tipo de actuantes sin poder, los actuantes (postcontractuales) sin poder, *vid.* no obstante en la doctrina española, CABANAS, *CDC*, 2017, p. 178, el cual afirma «quien actúa en nombre de la sociedad queda vinculado frente al tercero y asume la responsabilidad específica o por el cumplimiento»; «en los casos de actuación sin poder el actuante quedaría como único obligado y titular exclusivo de la deuda».

³⁸ *Vid. supra* texto correspondiente a nota 29.

³⁹ Acerca de la posibilidad de que la sociedad en formación ratifique los actos realizados en su nombre durante la etapa prefundacional, *vid.* en Derecho alemán PRIESTER, 2018, §15, Rn. 39; BLATH, 2023, §11 Rn. 39; PENTZ, 2019, §41, Rn. 20; acerca de que la sociedad en formación pueda ratificar *vid.* también SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 79 p. 631.

⁴⁰ *Vid.* por todos SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 79, p. 631.

⁴¹ Cfr. SCHMIDT, *GmbH-Rdsch.* 1998, 12, p. 615; SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 22, p. 604; BLATH, 2023, §11 Rn. 39.

supuesto representado, la responsabilidad del *falsus procurator* no pasa al supuesto representado, sino que lo que ocurre es que (a) se extingue la responsabilidad del *falsus procurator* [cfr., en Derecho español, el art. 38.2 LSC con respecto a los actuantes (postcontractuales), pero que dado que las reglas españolas con respecto a los actuantes (postcontractuales), cuando obran sin poder, no son más que una aplicación de las reglas comunes, es posible afirmar que lo mismo ocurre con respecto a los actuantes (precontractuales) que han obrado sin poder, y la eventual ratificación por parte de la sociedad en formación] y (b) el supuesto representado comienza a ser responsable del acto en virtud de una obligación que se crea *ex novo* (cfr. en Derecho español, el art. 38.1 LSC, con respecto a los actos realizados por los actuantes (postcontractuales) que hayan sido ratificados por la sociedad inscrita. Es decir, el supuesto representado pasa (en el sentido de «comienza») a ser responsable y deja de serlo el supuesto representante, pero la responsabilidad no pasa de uno a otro, puesto que tienen orígenes y fundamentos distintos: la responsabilidad del falso representante es extracontractual, mientras que la del supuesto representado es contractual.

A la responsabilidad de la sociedad en formación habría que añadir la responsabilidad de sus socios⁴² y la de los administradores en cuanto que actuantes (postcontractuales) *ex* artículo 36 LSC, §11 Abs. 2 GmbHG y §41 Abs. 1 AktG por haber acordado la ratificación⁴³.

ii) Por el contrario, la ratificación no sería posible, en principio, si la actuación hubiera sido realizada en nombre de la sociedad inscrita, puesto que la misma no existe aún⁴⁴.

Con todo, dado que en Derecho alemán o español existe una *Vorgesellschaft*/sociedad en formación dotada de personalidad jurídica, habría que plantearse si estos actos pueden ser ratificados por ésta en atención a que hay una continuidad (o incluso identidad) en la personalidad jurídica entre la sociedad en formación y la futura sociedad inscrita⁴⁵.

⁴² Sobre esta responsabilidad existe, no solo un gran debate en la doctrina alemana (para una breve exposición de las diferentes posiciones que se han planteado *vid.*, por ejemplo, PENTZ, 2019, §41, Rn. 55), sino también divergencias importantes con el Derecho español, puesto que mientras que en éste último esta responsabilidad está limitada a la aportación (cfr. art. 37.2 LSC: «Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar») en el Derecho alemán la doctrina y la jurisprudencia más reciente consideran que la responsabilidad de los socios de la sociedad en formación es ilimitada (*Vid.* por ejemplo BGH Urteil v. 27.1.1997 (NJW, 1997, p. 1507). Sobre esta divergencia *vid.*, por ejemplo, SÁEZ LACAVE, 2001, pp 208-221)

⁴³ Con respecto a la responsabilidad de los administradores en cuanto que actuantes (postcontractuales) *vid. infra* III, 2, 2.1, b) especialmente nota 48

⁴⁴ Lo anterior no resulta óbice para que, lógicamente, esta actuación sí que pueda ser ratificada posteriormente, una vez que tenga lugar la inscripción, por parte ahora ya de la sociedad inscrita.

⁴⁵ Acerca de la continuidad en la personalidad jurídica entre la sociedad en formación y la sociedad inscrita, *vid.* en la doctrina española SÁEZ LACAVE, 2011, p. 446 y con más detalle SÁEZ LACAVE, 2001, pp. 351-356; VELA TORRES, 2021, p. 813. La doctrina

Si la respuesta fuera afirmativa⁴⁶, la situación sería equiparable a la que acabamos de ver [*vid. supra* sub III, 2, 2.1, a) i)]. Si, por el contrario, la respuesta fuera negativa, entonces no sería posible que los actuantes (precontractuales) quedaran liberados⁴⁷.

b) La segunda cuestión tiene que ver con la *persona que puede efectuar la ratificación*.

En efecto, dado que la misma solo puede ser acordada, en principio, por los administradores de la sociedad en formación, es necesario también analizar *si éstos tienen poder para llevarla a cabo o no*. Lógicamente, si se entiende que los administradores no tienen poder para efectuar la ratificación, ésta no se podrá producir, con lo que no se habría extinguido la responsabilidad de los actuantes (precontractuales).

i) Comenzando con el Derecho español, para responder a esta cuestión es necesario poner en relación el acto objeto de ratificación con el contenido del artículo 37 LSC. Como consecuencia de ello podrían darse, en principio, dos escenarios:

De un lado, que este acto pueda subsumirse en alguno de los supuestos que recoge el artículo 37 LSC. En este caso, los administradores tendrían poder para efectuar la ratificación, de manera que la sociedad en formación quedaría válidamente vinculada y tendría la responsabilidad por este acto (responsabilidad a la que habría que añadir la responsabilidad de sus socios y la de los administradores en cuanto que actuantes (postcontractuales) *ex* artículo 36 LSC, por haber acordado la ratificación)⁴⁸, cesando la responsabilidad de los actuantes (precontractuales).

alemana, por su parte, se muestra dividida. Así, mientras que algunos autores se muestran partidarios de la *Kontinuität* (*Vid.* por todos, ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn. 11-12, 89) otros se inclinan por la tesis de la *Identität* (*Vid.* por ejemplo SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 31, 152 e *ibi* ulteriores referencias bibliográficas).

⁴⁶ Admite implícitamente esta posibilidad SCHMIDT, 2016, §41, Rn. 32 p 22.

⁴⁷ Parecen entender que esto no es posible ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn 72, en la medida en que consideran que los administradores de una *Vorgesellschaft* no tienen poder para actuar (y por tanto no pueden ratificar) en nombre de la futura sociedad inscrita.

En Derecho español, parece no admitir que antes de la inscripción la junta general pueda ratificar actos realizados antes de la constitución de la sociedad, STS 3325//2006, de 31 de mayo de 2006 (ECLI: ES: TS:2006:3325). Véase también la STS 4354/1996, de 15 de julio de 1996 (ECLI: ES: TS:1996:4354) que afirma que «la subordinación de la validez de los contratos a una ratificación efectuada con posterioridad a la inscripción, carecería de sentido si la sociedad pudiera válidamente autorizarlos antes de ser inscrita».

⁴⁸ El hecho de que por estos actos responda la sociedad en formación (cfr. art. 37.1 LSC), no excluye que también respondan los actuantes (postcontractuales) (cfr. art. 36 LSC). *Vid.* en este sentido, con respecto al antiguo art. 15 LSA (antecedente de los actuales arts. 36, 37 y 38 LSC) las consideraciones de SÁEZ LACAVE, 2001, pp. 298, 313-316, que se apoya en un detallado análisis valorativo y sistemático de la norma. *Vid.* también entendiendo que las dos responsabilidades son cumulativas, CABANAS, CDC, 2017, p. 175; MARQUÉS, 1997, p.

De otro, por el contrario, que el referido acto no pueda subscribirse en ninguno de los supuestos que recoge el artículo 37 LSC. En este caso, los administradores no tendrían poder para acordarla, con lo que la ratificación no habría tenido lugar y la sociedad en formación no quedaría vinculada, ni tendría la responsabilidad por este acto. Cuestión distinta es que, si a pesar de todo el administrador ratificara (aparentemente) respondería en todo caso como actuante (postcontractual) *ex* artículo 36 LSC, responsabilidad que en este caso obedecería a haber actuado como *falsus procurator*, ya que habría acordado la ratificación de un acto en nombre de la sociedad, sin tener poder para ello.

ii) Por lo que respecta al Derecho alemán, el problema es distinto por la ausencia de un precepto que regule esta cuestión. La respuesta además estará en función de la posición que se adopte con respecto al problema de cuál es el ámbito objetivo del poder de representación de los administradores de la sociedad en formación.

Así, si se mantiene que éste es, como el de los administradores de la sociedad inscrita, ilimitado⁴⁹, está claro que los administradores de la sociedad en formación tienen siempre poder para realizar esta ratificación, por lo que la sociedad en formación quedaría efectivamente vinculada y tendría la responsabilidad por este acto (responsabilidad a la que habría que añadir la responsabilidad de sus socios y la de los administradores en cuanto que actuantes (postcontractuales) *ex* §11 Abs. 2 GmbHG y §41 Abs. 1 AktG por haber acordado la ratificación)⁵⁰, cesando la responsabilidad de los actuantes (precontractuales).

Si, por el contrario, se mantiene que el poder de representación de los administradores de la sociedad en formación, salvo que los socios lo amplíen, está limitado al objeto social fundacional (i.e., a los actos necesarios para la inscripción)⁵¹, entonces la situación sería similar a la del Derecho español. Esto es, habría que ver si el contenido del acto objeto de ratificación forma parte de los actos necesari-

292 (lo que no impide que se muestre crítica, *cfr.* p. 295); SÁEZ-SANTURTÚN, 2015, tomo I, p. 78. No faltan, sin embargo, autores que entienden que cuando responde la sociedad en formación no responden los actuantes (*cfr.* GARCÍA-CRUCES, 1996, p. 145; PINO ABAD, 1999, p. 160-161; SELVA SÁNCHEZ, 1992, p. 412; y recientemente VELA TORRES, 2021, p. 806

⁴⁹ *Vid.* por ejemplo en este sentido SCHMIDT, 2018, §11 Rn 72-73; PENTZ, 2019, §41, Rn. 53; BLATH, 2023, §11 Rn. 63-64.

⁵⁰ *Vid.* en este sentido, con respecto a la aplicación del §41 Abs.1, SCHMIDT, 2016, §41 Rn. 32 p 22; PENTZ, 2019, §41, Rn. 20.

Con respecto al §11 Abs.2 GmbHG, *vid.* igualmente indicando que los actuantes (postcontractuales) responden, aunque tengan poder SCHMIDT, 2018, §11 Rn 119, 125

⁵¹ Así por ejemplo ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn 67. *Vid.* también en general Rn. 67-72. Para más bibliografía *vid.* Rn. 68, fn. 168

rios para la inscripción (o, en su caso, de los autorizados por los socios) o no.

En el primer caso, los administradores tendrían poder para efectuar la ratificación, por lo que la sociedad en formación quedaría válidamente vinculada y tendría la responsabilidad por este acto (responsabilidad a la que habría que añadir la responsabilidad de sus socios y la de los administradores en cuanto que actuantes (postcontractuales) *ex* §11 Abs. 2 GmbHG y §41 Abs. 1 AktG por haber acordado la ratificación⁵²), cesando la responsabilidad de los actuantes (precontractuales).

En el segundo caso, los administradores no tendrían poder para acordarla, con lo que la misma no se produciría y la sociedad en formación no quedaría vinculada, ni tendría la responsabilidad por este acto⁵³, ni cesaría por tanto la responsabilidad de los actuantes (precontractuales). Cuestión distinta es que si a pesar de todo el administrador ratificara (aparentemente) respondería en todo caso como actuante (postcontractual) *ex* §11 Abs. 2 GmbHG y §41 Abs. 1 AktG⁵⁴, responsabilidad que en este caso obedecería a haber actuado como *falsus procurator*, ya que habría acordado la ratificación de un acto, sin tener poder para ello.

3. LA SITUACIÓN EN DERECHO FRANCÉS: CONSECUENCIAS DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

Mención aparte merece la situación en Derecho francés, puesto que en este ordenamiento, como ya hemos comentado (*vid. supra* II, 1, 1.2), es preciso distinguir en función del concepto en el que se haya actuado, lo que influye en las posibilidades de que la responsabilidad de los actuantes (tanto precontractuales, como postcontractuales) se pueda llegar a extinguir o alterar. En este sentido hay que diferenciar entre dos escenarios:

a) El primero es que se haya actuado indicando que se hacía en nombre de una sociedad «*en formation*». En este supuesto, como

⁵² *Vid.* en este sentido, por lo que respecta al §11 Abs.2 GmbHG, ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn. 66. Por tanto, de acuerdo con el § 11 Abs. 2 GmbHG, los administradores responden en cuanto que actuantes, tanto si han actuado fuera de su poder, como si lo han hecho dentro (a diferencia, por tanto, de lo que sucede con la responsabilidad de los actuantes *ex* § 179 BGB).

⁵³ Lo anterior no resulta óbice para que la sociedad pueda posteriormente quedar vinculada por estos actos. Para ello será preciso que, después de la inscripción, los ratifique (lo que implicará que cese la responsabilidad del actuante (precontractual) *vid. infra* IV, 1, a)), especialmente nota 63). *Vid.* por ejemplo en este sentido ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn 132.

⁵⁴ *Vid.* en este sentido, por lo que respecta al §11 Abs.2 GmbHG, ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn. 71

veámos, la responsabilidad de los actuantes no deriva de la aplicación de las reglas comunes, sino que se encuentra regulada en las reglas especiales recogidas en los artículos 1843 *Code civil* (para las sociedades en general) y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles). Pues bien, la regulación reglamentaria que desarrolla estos preceptos (el art. 6 Décret n° 78-704 –para las sociedades en general– y los arts. R.210-5 –para las SL– y R.210-6 –para las SA sin oferta pública– *Code de commerce*), cuando se refiere a los actos que se hayan podido celebrar antes de la constitución de la sociedad, únicamente se ocupa de los efectos que la firma de los estatutos por parte de los socios (i.e. la celebración del contrato de sociedad) tiene una vez que se produzca la inscripción de la sociedad en el registro, pero guarda silencio acerca de lo que ocurre antes de ésta tenga lugar.

Así, el artículo 6 al. 1 y al. 2 Décret n° 78-704 (para las sociedades en general), y los artículos R.210-5 al. 1 y al. 2 (para las SL) y R.210-6 al. 1 y al. 2 (para las SA sin oferta pública) *Code de commerce* disponen que cuando se constituye una sociedad, hay que presentar a los socios (en el caso de las sociedades en general o en el de la SL), o poner a disposición de los accionistas (en el caso de la SA sin oferta pública), antes de la firma de los estatutos, «la declaración de los actos realizados en nombre de la sociedad en formación, con una indicación, para cada uno de ellos, del compromiso que se derivaría para la sociedad [...]. Esta declaración se adjunta a los estatutos, cuya firma implica la asunción [*reprise*] de compromisos por parte de la sociedad, una vez inscrita».

En otras palabras, y dejando de lado otras cuestiones que plantean estas normas⁵⁵, la firma de los estatutos por parte de los socios (a los que va adjunta la referida declaración) puede dar lugar a un cambio con respecto a la responsabilidad por estos actos (la misma pasaría de los actuantes –ya sean precontractuales o postcontractuales– a la sociedad). Sin embargo, este cambio no se produciría inmediatamente en el momento de la firma de los estatutos, esto es, con la celebración del contrato de sociedad (lo que guarda coherencia con el hecho de que la sociedad aún no tenga personalidad jurídica en Derecho francés⁵⁶), sino que está sujeto a una condición suspensiva, que se produzca la inscripción de la sociedad⁵⁷. Esto

⁵⁵ Vid. *infra* párrafos correspondientes a la nota 71.

⁵⁶ La regulación francesa (cfr. art. 1842 al. 1 *Code civil* y art. L.210-6 al. 1 *Code de commerce*) parte de considerar que la sociedad no tiene personalidad jurídica hasta el momento de la inscripción, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad (vid. por todos, SINAY, *Revue des sociétés*, 1966, p. 249; DONDERO, 2019 num. 537; con respecto a las excepciones a este principio, puede verse GIBRILA, *JurisClasseur Civil Code*, 2020, num. 35)

⁵⁷ Ahora bien, si esta inscripción no se produce [y, por tanto, no tiene lugar la *reprise* (asunción)], entonces además de ser responsables los actuantes (precontractuales o

significa que con la mera celebración del contrato de sociedad no se produce ninguna alteración de la responsabilidad por estos actos, con lo que ésta sigue recayendo en los actuantes (ya sean precontractuales o postcontractuales).

En definitiva, dos serían los rasgos definitorios de la regulación francesa cuando se indica que se actúa en nombre de una sociedad «*en formation*»:

De un lado, el mecanismo mediante el cual la sociedad puede hacer suyos los actos realizados en su nombre, no va a ser la ratificación de los mismos (como ocurre en Derecho alemán o en Derecho español), sino su *reprise* (asunción)⁵⁸.

De otro lado, como la sociedad «*en formation*» no tiene personalidad jurídica en Derecho francés, esta *reprise* (asunción) solo puede tener lugar cuando exista la sociedad inscrita (por tanto, no se puede producir antes de la inscripción).

b) Junto con la posibilidad de que se actúe indicando que se hace en nombre de una sociedad «*en formation*», el otro escenario que lógicamente se puede producir es que se actúe en nombre de una sociedad, pero sin indicar que la misma está «*en formation*». De ser así, como también comentamos, ya no resultarían de aplicación las reglas especiales recogidas en el artículo 1843 *Code civil* (para las sociedades en general), el artículo L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles) y las normas reglamentarias que los desarrollan (por lo que no sería posible una *reprise* (asunción) de estos actos por parte de la sociedad), sino que la responsabilidad de los actuantes (ya sean precontractuales o postcontractuales) se deduciría de la aplicación de las reglas comunes. En este escenario la mera celebración del contrato de sociedad tampoco produciría ninguna alteración de la responsabilidad por estos actos, con lo que la misma seguiría recayendo también en los actuantes (ya sean precontractuales o postcontractuales) durante el periodo que va desde la constitución de la sociedad hasta su inscripción.

IV. LA RESPONSABILIDAD DESPUÉS DE LA INSCRIPCIÓN

La responsabilidad de los actuantes (precontractuales), en el caso claro está de que la misma subsista, no se ve afectada por la

postcontractuales) pasarán también a serlo todos los socios, puesto que todos ellos han firmado los estatutos (*vid.* en este sentido, LE CANNU y DONDERO, 2022, num. 360 p. 265).

⁵⁸ Acerca de esta *reprise* (asunción) *vid. infra* IV, 1, b).

inscripción⁵⁹ (salvo que, de nuevo, así se pacte con el tercero –que no acreedor⁶⁰⁻), sino que su terminación o continuidad va a depender de que la sociedad inscrita haga suyos esos actos o no.

En este sentido podemos encontrarlos ante dos escenarios:

1. PRIMER ESCENARIO: QUE LA SOCIEDAD INSCRITA HAGA SUYOS LOS ACTOS REALIZADOS POR LOS ACTUANTES (PRECONTRACTUALES)

En este supuesto, como comentaremos a continuación, cesará la responsabilidad de los actuantes (precontractuales).

Las similitudes, sin embargo, acaban aquí, puesto que existen importantes diferencias entre el Derecho alemán o español y el Derecho francés.

a) El mecanismo previsto en Derecho alemán o en Derecho español para que la sociedad inscrita pueda hacer suyos los actos realizados por un actuante (precontractual) que haya obrado sin poder es la ratificación. Esto es así, porque, como ya hemos visto (*vid. supra* II, 1, 1.1), debe entenderse que se aplican las reglas comunes del *falsus procurator* también a los actuantes (precontractuales) que hayan obrado sin poder y, de acuerdo con las mismas (cfr. §177 BGB y art. 1259 Cc), la eficacia de estos actos frente al supuesto representado (la sociedad) depende de que éste los ratifique⁶¹. Con la ratificación, como ya vimos (*vid. supra* III, 2), el supuesto representado, que ahora es la sociedad inscrita, comenzará a ser responsable por estos actos⁶², cesando la responsabilidad del actuante (precontractual)⁶³.

Consideramos que a esta responsabilidad de la sociedad inscrita no se añade la llamada «responsabilidad diferencial de los socios» [*Vorbelastungshaftung (Differenzhaftung, Unterbilanzhaftung) der Gründer*»] en la medida en que esta responsabilidad de la sociedad inscrita no es continuación de una responsabilidad de la sociedad en formación (v. en Derecho español art. 38.3 LSC en conexión con los arts. 38.1 y 37.1 LSC)

⁵⁹ En la doctrina alemana, *vid.* por todos ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn 132

⁶⁰ Sobre esta cuestión, *vid. supra* nota 30.

⁶¹ Así, por ejemplo, en Derecho alemán por todos ULMER y HABERSACK, 2019, §11, Rn 132.

⁶² *Vid.* por ejemplo en la doctrina alemana, SCHMIDT, 2016, §41 Rn. 32 p. 22; ALTMPEPEN, 2023, §11, Rn. 11.

⁶³ *Vid.* por ejemplo en la doctrina alemana, SCHMIDT, *GmbH-Rdsch.* 1998, 12, p. 615; SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 22, p. 604; BLATH, 2023, §11 Rn. 39; ULMER y HABERSACK, 2019, §11 Rn 132; HEINZE, 2022, §2, Rn. 262.

b) La situación en Derecho francés es distinta por dos motivos:

Primero, porque la sociedad (inscrita) no va a poder hacer suyos todos los actos realizados en su nombre por un actuante (ya sea precontractual o postcontractual), sino solo aquellos realizados en nombre de una sociedad «*en formation*». Esto es así porque, tal y como hemos visto (*vid. supra* II, 1, 1.2), las reglas especiales recogidas en los artículos 1843 *Code civil* (para las sociedades en general) y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles), que son las que contemplan la posibilidad de que la sociedad inscrita puede hacer suyos los actos realizados en su nombre, no son de aplicación a todas las actuaciones realizadas en nombre de una sociedad, sino solo a aquellas en los que haya indicado que se actuaba en nombre de una sociedad «*en formation*».

Y segundo, porque, como también hemos comentado (*vid. supra* III, 3, a)), el mecanismo previsto para que la sociedad inscrita haga suyos estos actos no va a ser la ratificación de los mismos (como ocurre en Derecho alemán o español). Así, lo que los referidos preceptos prevén es que la sociedad inscrita haga suyos los actos realizados por un actuante (ya sea precontractual o postcontractual) por medio de la *reprise* (asunción) de los mismos. Con la *reprise* (asunción) tiene lugar un cambio de deudor, una subrogación de la sociedad inscrita en el lugar del actuante (precontractual o postcontractual), lo que provoca que la misma pasé a ser responsable por estos actos, cesando la responsabilidad del primero⁶⁴.

Dos cuestiones es preciso comentar con respecto a esta *reprise* (asunción):

i) Primero sus características, que la diferencian de la asunción de deuda de los Derechos alemán o español (o incluso de la *cession de dette* regulada con carácter general en Derecho francés en los nuevos arts. 1327 a 1328-1 *Code civil*).

Así, de un lado, la asunción de deuda de los Derechos alemán o español o la *cession de dette* regulada en las reglas generales del Derecho francés, precisan del consentimiento del acreedor (*vid.* § 415 Abs. 1 BGB, arg. art. 1205 Cc, nuevo art. 1327 al. 1 *Code civil*⁶⁵), mientras que en la *reprise* (asunción) de los artículos 1843 *Code civil* (para las sociedades en general)

⁶⁴ Con respecto a que la sociedad pasa a ser la única responsable, cesando la responsabilidad del actuante, *vid.* GERMAIN y MAGNIER, 2017, núm. 1567, p. 62.

⁶⁵ Artículo 1327 al. 1 *Code civil*: «Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette» («El deudor podrá, con el acuerdo del acreedor, ceder su deuda»). En Derecho español, además del arg. artículo 1205 Cc, *vid.* en la jurisprudencia STS 1980/2020 de 17 de junio (ECLI: ES: TS:2020:1980) y sentencias concordantes.

y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles), no es necesario el acuerdo del acreedor⁶⁶ y ello porque la *reprise* (asunción) se decide unilateralmente por la sociedad⁶⁷; en otras palabras, en estos casos se le impone al acreedor la sustitución del deudor⁶⁸.

Y, de otro lado, la asunción de deuda de los Derechos alemán o español o la *cession de dette* regulada en las reglas generales del Derecho francés tienen una eficacia *ex nunc*⁶⁹; por el contrario, la *reprise* (asunción) de los artículos 1843 *Code civil* (para las sociedades en general) y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles), tiene una eficacia *ex tunc*, retroactiva, *ab initio* del acto⁷⁰.

ii) La segunda cuestión a la que hay que referirse es a los mecanismos para que esta *reprise* (asunción) tenga lugar.

Así, la regulación reglamentaria que desarrolla estas normas, cuando se refiere a los actos que se hayan podido celebrar antes de la constitución de la sociedad, solo contempla una forma para que la misma se produzca. En efecto, como hemos visto, el artículo 6 al. 1 y al. 2 Décret n° 78-704 (para las sociedades en general), y los artículos R.210-5 al. 1 y al. 2 (para las SL) y R.210-6 al. 1 y al. 2 (para las SA sin oferta pública) *Code de commerce* disponen, como ya comentamos, que cuando se constituye una sociedad, hay que presentar a los socios (en el caso de las sociedades en general o en el de la SL) o poner a disposición de los accionistas (en el caso de la SA sin oferta pública), antes de la firma de los estatutos, «la declaración de los actos realizados en nombre de la sociedad en formación, con una indicación, para cada uno de ellos, del compromiso que se derivaría para la socie-

⁶⁶ Cfr. LE CANNU, *Revue des sociétés*, 1987, p. 595.

⁶⁷ Vid. no obstante DIDIER, 2012, p. 554, quien mantiene que es necesario el consentimiento del acreedor.

⁶⁸ Vid. BONNARD, *Revue des sociétés*, 1992, 2, p. 257.

⁶⁹ Vid. LE CANNU y DONDERO, 2022, num. 345, p.257; BONNARD, *Revue des sociétés*, 1992, p. 57.

⁷⁰ Vid. por ejemplo artículo 1327-2 *Code civil*: «Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir» («Si el acreedor consiente expresamente, el deudor original queda liberado para el futuro»).

⁷⁰ Vid. artículo 1843 *Code civil* «La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci» («La sociedad debidamente inscrita podrá asumir los compromisos contraídos, que se considerarán contraídos por la sociedad desde el principio»); artículo L.210-6 al. 2 *Code de commerce*: «Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société» («Estos compromisos se consideran asumidos desde el origen por la sociedad»). Vid. por ejemplo en la doctrina, comparando los efectos de la *reprise* (asunción) con los de una cláusula de sustitución (que a nuestros efectos es equivalente a una cesión de crédito en la que se acuerde la liberación del antiguo deudor), RAVEL D'ESCLAPON, *Revue des Sociétés*, 2019, núm. 9, p. 109; en el mismo sentido TISSEYRE, *Recueil Dalloz*, 2020, pp. 1023-1026, p. 1025. No faltan, sin embargo, autores que cuestionan que la *reprise* (asunción) tenga una eficacia *ex tunc* (así DIDIER, 2012, p. 553).

dad [...]. Esta declaración se adjunta a los estatutos, cuya firma implica la asunción [*reprise*] de compromisos por parte de la sociedad, una vez inscrita».

La regulación contenida en estos artículos plantea interrogantes, por ejemplo ¿cabe aceptar unos actos y otros no? ¿es posible que esta aceptación se produzca tras la firma de los estatutos, pero antes de la inscripción? En nuestra opinión, la respuesta a estas dos cuestiones debería ser positiva.

Con respecto a la primera, porque no parece que de la norma pueda deducirse que los socios sólo tienen dos alternativas, o aceptar todos los actos o rechazarlos (tampoco parece que se pueda entender que los socios estén obligados a aceptar estos actos), por lo que deberían poder aceptar o rechazar cada uno de ellos⁷¹. Lógicamente, de producirse este rechazo, la responsabilidad de los actuantes (ya sean precontractuales o postcontractuales) con respecto de estos actos continuará después de la inscripción.

Y lo mismo ocurre con respecto a la segunda cuestión. También debería ser posible que los socios, por unanimidad, pudieran aceptar estos actos con posterioridad a la firma de los estatutos, y que esta aceptación surtiera los mismos efectos que la realizada en el momento de la firma de los estatutos.

Por tanto, esta *reprise* (asunción) se produce de forma automática con la inscripción, pero para que esta *reprise* (asunción) tenga lugar no basta con la inscripción, sino que además hace falta una previa decisión de los socios (la firma de los estatutos a los que se ha adjuntado la declaración de los actos realizados en nombre de la sociedad «*en formation*»).

No obstante, junto con este mecanismo es preciso mencionar la posibilidad de que la asunción (*reprise*) pueda también resultar «tras la inscripción de la sociedad, de una decisión adoptada, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, por la mayoría de los socios». Este segundo mecanismo (que, a diferencia del anterior, no funciona de forma automática con la inscripción) no está contemplado en los artículos R.210-5 y R.210-6 *Code de commerce*. Sin embargo, la doctrina considera que también es de aplicación a las SL y SA en la medida en que el artículo 6 al. 4 Décret n° 78-704 lo prevé para las sociedades en general⁷². Lógicamente, este segundo mecanismo, por lo que a nosotros nos interesa aquí (i.e. los actos realizados antes de la constitución de la sociedad)

⁷¹ Acerca de la posibilidad de que los socios acepten incluir en la declaración unos actos sí y otros no *vid.* GIBIRILA, *JurisClasseur Civil Code*, 2020, núm. 48

⁷² *Vid.* por todos, LE CANNU y DONDERO, 2022, núm. 353, pp. 262-263, esp. p. 263; GIBIRILA, *JurisClasseur Civil Code*, 2020, núm. 53.

permitiría que la sociedad pudiera efectuar una *reprise* (asunción) de actos que, ya sea por omisión, ya por decisión de los socios⁷³, no se hubieran incluido en la (eventual) declaración que se adjuntara a los estatutos.

2. SEGUNDO ESCENARIO: QUE LA SOCIEDAD INSCRITA NO HAGA SUYOS LOS ACTOS REALIZADOS POR LOS ACTUANTES (PRECONTRACTUALES)

En este caso está claro que los actuantes (precontractuales) continuarán siendo responsables de estos actos.

a) En Derecho alemán o español este escenario se produce, en aplicación de las reglas comunes, bien cuando el supuesto representado (la sociedad inscrita) no ratifique lo realizado por el *falsus procurator* (el actuante (precontractual)), bien cuando el acreedor hubiera revocado su consentimiento antes de que se produzca la ratificación (cfr. §177 BGB y art. 1259 Cc).

Por lo que respecta al Derecho español es importante indicar que esta revocación no está excluida durante el plazo de tres meses posteriores a la inscripción que establece el artículo 38 LSC. Y ello porque debe entenderse que este precepto se aplica solo a los actos realizados en el periodo que va desde la constitución de la sociedad hasta su inscripción (que son a los que se refiere el art. 36 LSC) y aquí estamos hablando de actos realizados antes de la constitución de la sociedad.

b) En Derecho francés este escenario acontece en dos situaciones:

i) De un lado, cuando se ha actuado en nombre de una sociedad «*en formation*» (y por tanto son de aplicación las reglas especiales de los arts. 1843 *Code civil* (para las sociedades en general) y L.210-6 al. 2 *Code de commerce* (para las sociedades mercantiles)), pero no tiene lugar una *reprise* (asunción) de estos actos⁷⁴.

ii/ Y de otro lado, cuando se ha actuado en nombre de la sociedad, pero sin indicar que se hacia en nombre de una «sociedad *en formation*». En este caso, como hemos comentado (*vid. supra* II, 1, 1.2, ii/), la jurisprudencia francesa entiende, no solo que no son aplicables las referidas reglas especiales (por lo que lo serán las

⁷³ Acerca de la posibilidad de que los socios acepten incluir en la declaración unos actos sí y otros no *vid. supra* texto correspondiente a nota 71.

⁷⁴ *Vid. LE CANNU y DONDERO, 2022, num. 360 p. 265 Conséquences de l'absence de reprise : «La personne qui agit sans mandat est sûrement tenue de l'engagement souscrit»*

comunes), sino también que estos actos están viciados de nulidad absoluta al haber sido celebrados por una sociedad inexistente, por lo que no son susceptibles de confirmación o ratificación por un acto unilateral, ni expreso ni tácito por parte de la sociedad después de su inscripción^{75 76}. Ciertamente, la posición de la jurisprudencia francesa puede hacer dudar acerca de si en Derecho francés se puede hablar con propiedad de la existencia de un *falsus procurator* en estos casos, por cuanto tal vez se puede pensar que es consustancial a la regulación de esta figura el hecho de que el supuesto representado pueda ratificar lo hecho por el falso representante.

V. CONCLUSIONES

Del estudio de los tres ordenamientos se deduce que existen importantes similitudes entre aquéllos que siguen el modelo societario (Alemania y España) y a la vez diferencias importantes con respecto al que sigue el modelo obligacional (Francia). Las diferencias derivan fundamentalmente de dos factores. De un lado, de las características intrínsecas de cada uno de los modelos [vgr. en el Derecho francés, en contraste con el Derecho alemán o español, la sociedad en formación no tiene personalidad jurídica]. Y de otro lado, del hecho de que la fundamentación de la responsabilidad de los actuantes (precontractuales) sea diferente [en Derecho alemán y español trae causa de la aplicación de las reglas comunes en materia de *falsus procurator*, mientras que en Derecho francés la fundamentación (en las reglas generales o en las reglas especiales recogidas en los arts. 1843 *Code civil* y L.210-6 al. 2 *Code de commerce*) va a depender del concepto en el que hayan actuado estas personas]. Por su parte, las similitudes entre los ordenamien-

⁷⁵ *Vid.*, por ejemplo, Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 5 octobre 2011, 09-70.571 09-72.855, Inédit, Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 21 février 2012, 10-27.630.

Sobre la nulidad de los contratos celebrados en nombre de una sociedad no inscrita, puede verse en la doctrina francesa GERMAIN y MAGNIER, 2017 num 1563, p. 58; DONDERO, *Gazette du Palais*, 6 mai 2014 (comentando la sentencia Cass. 13 nov. 2013).

Acerca de que en estos casos no es posible la ratificación, véase por ejemplo, PISONI, *Revue des sociétés*, novembre 2017, 11, p. 631; CONSTANTIN, *Bulletin Jolly Sociétés*, num. 02, fevr. 2014 – p. 67.

⁷⁶ Con todo, tal vez sea posible que la responsabilidad de los actuantes cese, si lo que tiene lugar es una sustitución del acuerdo nulo por otro válido celebrado entre el tercero y la sociedad inscrita (alude, sensu contrario, a esta posibilidad, por ejemplo Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 5 octobre 2011, 09-70.571 09-72.855, Inédit; *vid.* en la doctrina, por ejemplo GIBIRILA, *JurisClasseur Civil Code*, 2020, num. 37.

Por lo tanto, sensu contrario, es posible sustituir el contrato nulo por otro válido, lo que lógicamente debe conllevar la terminación de la responsabilidad de los actuantes.

tos alemán y español traen causa del hecho de que las reglas comunes en materia de *falsus procurator*, así como en gran medida las que regulan la sociedad en formación, sean bastante parangonables en ambos ordenamientos.

Indicadas las causas de las similitudes y divergencias, las conclusiones a las que podemos llegar son las siguientes:

Con respecto a la responsabilidad en el momento en el que se celebran actos en nombre de una sociedad de capital antes de que la misma se constituya, la regla general en los tres ordenamientos es que responden los actuantes (precontractuales). Su régimen jurídico, sin embargo, no es coincidente, debido a que la fundamentación de la responsabilidad es diferente [en Derecho alemán o español, el actuante (precontractual) va a responder en cuanto que *falsus procurator*, mientras que en Derecho francés, en los supuestos paradigmáticos (i.e. cuando se actúa en nombre de una sociedad «*en formation*»), los actuantes responden como contratantes, debido a que se aplican las referidas reglas especiales]. Ciertamente, en los tres ordenamientos existen excepciones a esta regla general, siendo la más importante, común a todos, la estipulación con la contraparte de una condición suspensiva.

La responsabilidad de los actuantes (precontractuales) se mantiene como norma en los tres ordenamientos una vez celebrado el contrato de sociedad. Los ordenamientos alemán y español, con todo, contemplan que esta responsabilidad pueda cesar en el caso de que el supuesto representado sea la sociedad «*en formation*» (incluso, si se admite, la sociedad inscrita), pero para ello será preciso que la sociedad en formación decida ratificar lo realizado por el representante sin poder. El hecho de que la sociedad en formación pueda ratificar lo realizado por el actuante (precontractual) desencadena, en ambos ordenamientos, su responsabilidad, responsabilidad a la que habrá que añadir la responsabilidad de sus socios y también la responsabilidad de los administradores (en cuanto que actuantes (postcontractuales) por haber ratificado o haber acordado la asunción en nombre de la sociedad en formación.

Las similitudes y diferencias se mantienen también una vez que tiene lugar la inscripción. Así, la responsabilidad de los actuantes (precontractuales) en ninguno de los tres ordenamientos se ve afectada por la inscripción, sino que su terminación va a depender de que la sociedad inscrita haga suyos esos actos. Las similitudes, sin embargo, acaban aquí, puesto que existen importantes diferencias en este punto entre el Derecho alemán o el español y el Derecho

francés. En los primeros, el mecanismo previsto para que la sociedad inscrita pueda hacer suyos los actos realizados por un actuante (precontractual) que haya obrado sin poder es la ratificación. En cambio, la situación en Derecho francés es distinta. Y lo es por dos motivos. Primero, porque la sociedad (inscrita) no va a poder hacer suyos todos los actos realizados en su nombre por un actuante (precontractual), sino solo aquellos realizados en nombre de una sociedad «*en formation*». Y segundo, porque el mecanismo previsto para que la sociedad inscrita haga suyos estos actos no va a ser la ratificación de los mismos, sino su *reprise* (asunción). Con la *reprise* (asunción) tiene lugar un cambio de deudor, una subrogación de la sociedad inscrita en el lugar del actuante (precontractual), lo que provoca que la misma pase a ser responsable por estos actos, cesando la responsabilidad del primero.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO UREBA, Alberto: «La sociedad en formación», en ALONSO UREBA, Alberto, DUQUE, Justino, ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, GARCÍA VILLAVERDE, Rafael y SÁNCHEZ CALERO, Fernando (coord.), *Derecho de sociedades anónimas*, I, *La fundación*, Madrid, 1991, pp. 519-612.
- ALTMEPPE, Holger: §11, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar*, München, 11 Aufl., 2023.
- BARBIERI, Jean-François: «Représentation d'une société en formation: le piège des termes employés» Note sous Cour de cassation, com., 18 novembre 2020, n.º 18-23.239 (F-D), SCI SCPF c/ M. R. et a., *Revue des sociétés*, 2021, pp. 505-507.
- BLATH, Simon: §11, en MICHALSKI, Lutz, HEIDINGER, Andreas, LEIBLE, Stefan y SCHMIDT, Jessica (Hrsg.), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Band I, München, 2023.
- BONNARD, Jérôme: «Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation», *Revue des sociétés*, 1992, 2, pp. 255-289.
- BORMANN, Jens y STELMASZCZYK, Peter: §2, en MICHALSKI, Lutz, HEIDINGER, Andreas, LEIBLE, Stefan y SCHMIDT, Jessica (Hrsg.), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Band I, München, 2023.
- CABANAS, Ricardo: «De nuevo sobre la irregularidad societaria (repasso de un tema clásico desde las últimas novedades legales y jurisprudenciales)», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 67, 2017, pp. 157-212.
- CONSTANTIN, Alexis: «Une solution rigoureuse: le contrat conclu par une société en formation est nul», *Bulletin Jolly Sociétés*, num. 02, fevr. 2014 – p. 67.
- COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain y DEBOISSY, Florence: *Droit des sociétés*, Paris, 2019.
- DAUBLON, Georges: «Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce», *Répertoire Defrénois*, 1977, art. 31393, pp. 657-681.

- DIDIER, Paul: «L'article 1843 du code civil ou de la difficulté d'être européen», *Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre deux millénaires*, Paris, pp. 549-554.
- DONDERO, Bruno: «Société "en course d'enregistrement" n'est pas "en formation"...», *Gazette du Palais*, 6 mai 2014, pp. 16-17.
- *DROIT DES SOCIÉTÉS*, Paris, 2019.
- FASTRICH, Lorenz: §11 GmbHG, *Baumbach/Hueck Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, München, 2019.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio: *La sociedad de capital en formación*, Pamplona, 1996.
- GERMAIN, Michel y MAGNIER, Véronique: en RIPERT, Georges y ROBBLLOT, René, *Traité de droit des affaires*, Tome 2, *Les sociétés commerciales*, Issy-les-Moulineaux, 2017.
- GIBIRILA, Deen: «Art. 1832 à 1844-17 – Fasc. 20: Société-. Dispositions générales. – Immatriculation de la société», *JurisClasseur Civil Code*, 2020-2021, num. 1-67, pp. 1-49.
- HEIDINGER, Andreas: §41, en SPINDLER, Gerald y STILZ, Eberhard (Hrsg.), *beck-online. Grosskommentar Aktiengesetz*, München, Stand 01.01.2023.
- HEINZE, Stefan: §2, en FLEISCHER, Holger y GOETTE, Wulf (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Band I, München, 2022.
- KISSLING, Erik: *Vorgründungs- und Vorgesellschaften: Zur Struktur und Kontinuität der Entstehungsphasen bei AG, GmbH, e. G. und e. V.*, Berlin, 1999.
- LE CANNU, Paul: «Note – Les actes permettant d'assurer la reprise des engagements souscrits au nom d'une société en formation (Cassation 21 juillet 1987)», *Revue des sociétés*, 1987, pp. 592-597.
- LE CANNU, Paul y DONDERO, Bruno: *Droit des Sociétés*, Paris La Defense, 2022.
- MARQUÉS, Cristina: «Comentario al art. 36 LSC», en PRENDES, Pedro, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, Alfonso y CABANAS, Ricardo (dir), *Tratado de Sociedades de Capital. Tomo I: Tratado Judicial, Notarial y Registral de la Sociedades de Capital*, Cizur Menor, 2017, pp. 286-311.
- MASSART, Thibaut: «La société, partie à un contrat de cession», en MASSART, Thibaut et al., *Réforme du droit des contrats – Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats*, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n° 147, Mai 2016, dossier 3, Lexis Nexis, 2016, pp. 39-82.
- MERKT, Hanno: §11, en FLEISCHER, Holger y GOETTE, Wulf (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Band I, München, 2022.
- MUÑOZ PAREDES, María Luisa: *La sociedad prefundacional. La fase previa a la escritura de constitución*, Madrid, 2023.
- PENTZ, Andreas: §41 en GOETTE, Wulf, HABERSACK, Mathias y KALSS, Susanne (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band I, München, 2019.
- PINO ABAD, Manuel: *La sociedad de capital no inscrita*, Madrid, 1999.
- PISONI, Pascal: «Nullité des contrats conclus par une société en formation», *Revue des sociétés*, novembre 2017, 11, p. 631.
- POSEZ, Alexis: *L'inexistence du contrat*, Thèse, 2015.
- PRIESTER, Hans-Joachim: «§15 Die Vorgründungsgesellschaft», en PRIESTER, Hans-Joachim, MAYER, Dieter y Hartmut (Hrsg.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 3 Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, München, 2018.
- RAFF, Thomas: §2, en ROWEDDER, Heinz y PENTZ, Andreas (Hrsg.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, München, 2022.
- RAVEL D'ESCLAPON, Thibault: «Substitution ou reprise ? Le transfert d'un acte a la charge d'une société récemment constituée», *Revue des Sociétés*, 2019, pp. 106-110.

- SÁEZ LACAVE, María Isabel: *La sociedad mercantil en formación*, Madrid, 2001.
- «Art. 38», en ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Cizur Menor, 2011.
- SÁEZ-SANTURTÚN, Jorge: «Capítulo III: La sociedad en formación y la sociedad irregular», *CDC*, num. Extraordinario 2015, tomo I.º, pp. 65-91.
- SCHMIDT, Jessica: §2, en MICHALSKI, Lutz, HEIDINGER, Andreas, LEIBLE, Stefan y SCHMIDT, Jessica (Hrsg.), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Band I, München, 2017.
- SCHMIDT, Karsten: *Rechtsgrundlagen der Mitunternehmenshaftung im Vorgründungsstadium der GmbH*, *GmbH-Rdsch.* 1982, 1, pp. 6-10.
- «Haftung aus Rechtsgeschäften vor Errichtung einer GmbH. Ein neues BGH-Urteil zur sog. Vorgründungsgesellschaft» *GmbH-Rdsch.* 1998, 12, pp. 613-617.
- §41, en HIRTE, Heribert, MÜLBERT, Peter O. y ROTH, Markus (Hrsg.), *Aktien-gesetz Großkommentar*, Zweiter Band, Teilband 2, Berlin/Boston, 2016.
- §11 GMBHG, *Scholz Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Band I, Verlag Otto Schmit KG, Köln, 2018.
- SCHRAMM, Karl-Heinz: §177, en SÄCKER, Jürgen (r), *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 1, 1 HBd, München, 2006.
- SELVA SÁNCHEZ, Luis: «Reflexiones en torno a la sociedad en formación y a la sociedad irregular», *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VI, Homenaje a Ángel Olavarría Téllez, 1992, pp. 389-422.
- SERVATIUS, Wolfgang: §11, en NOACK, Ulrich, SERVATIUS, Wolfgang y HASS, Ulrich, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, München, 23. Aufl., 2022.
- SINAY, Robert: «Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et des leurs modifications statutaires», *Revue des sociétés*, 1966, pp. 246-288.
- TISSEYRE, Sandrine: «Actes conclus pour une société en formation: de l'effet de la clause de substitution», *Recueil Dalloz*, 2020, pp. 1023-1026.
- TRONCOSO, Mauricio, «Unauthorized agent and Company in formation in French Law», *European Company and Financial Law Review*, 2023, pp. 519-546.
- «¿Cuál es el ámbito de aplicación del art. 36 LSC (Sobre el concepto de actuante en la sociedad en formación?)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2023, 68, pp. 225-233.
- ULMER, Peter y HABERSACK, Mathias: §11, en Habersack/Casper/Löbbe, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar*, Band I, Tübingen, 3. Aufl. 2019.
- ULMER, Peter y LOBBE, Matthias: §2, en Habersack/Casper/Löbbe, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar*, Band I, Tübingen, 3. Aufl. 2019.
- VELA TORRES, Pedro: «Artículo 38: Responsabilidad de la sociedad inscrita», en GARCÍA-CRUCES, José Antonio y SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Valencia, 2021, pp. 803 y ss.
- VIGUERA, José María: «Reflexiones críticas sobre la constitución de la sociedad de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, 1998, 10, pp. 43-68.
- WÖSTMANN, Heinz: §11, en ROWEDDER, Heinz y PENTZ, Andreas (Hrsg.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, München, 2022.

Obsolescencia programada y obsolescencia provocada. La falta de conformidad sobrevenida por las actualizaciones de contenidos digitales y el derecho al regreso a la versión anterior («the right to downgrade»)

ALBERTO HIDALGO CEREZO

Profesor Titular de Universidad
(Acreditado ANECA)-Dpto. de Derecho Privado
Universidad San Pablo CEU, Madrid¹.

RESUMEN

El fenómeno de la obsolescencia programada, nacida en el contexto de la crisis económica de la Gran Depresión de la década de 1920, ha sido objeto de análisis en la doctrina, pero carece de una regulación unificada que aborde de manera integral sus implicaciones. Su impacto adverso se percibe desde las perspectivas del derecho del consumidor, derecho de la competencia y derecho al medio ambiente, dado que contribuye a la generación de residuos de difícil gestión. Las reformas actuales y futuras (recientemente, el Reglamento (UE) 2023/1542 sobre pilas y baterías) probablemente abordarán esta cuestión en clave de promoción de un modelo de economía más sostenible y empoderamiento del consumidor, lo que podría calificarse como un avance en beneficio del interés general, la solidaridad intergeneracional y la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores.

No obstante, la «obsolescencia provocada» o «forzada» representa una nueva manifestación más sofisticada de la obsolescencia programada original. En este caso, la pérdida de rendimiento del producto no se debe al desgaste natural o fatiga por el uso, sino a actualizaciones realizadas en el dispositivo, ya sea por acción del consumidor instigado por el fabricante o incluso por iniciativa directa del fabricante. Estas actualizaciones provocan la pérdida de rendimiento o funcionalidades que conducen a una falta de conformidad sobrevenida y antes no existente, afectando al consumidor que, de no haber actualizado su dispositivo, no habría experimentado este perjuicio.

¹ Departamento de Derecho Privado y Disciplinas Jurídicas Básicas, Facultad de Derecho. Grupo de investigación: Modernización del Derecho Privado (MODERNPRIV) G20/1-04. Dirección de contacto: Alberto.hidalgocerezo@ceu.es.

cio. En la actualidad, la posibilidad de realizar «downgrade» a versiones anteriores del firmware o sistema operativo está limitada contractual y técnicamente de forma artificial, impidiendo en muchos casos revertir la situación mediante un simple mecanismo de «restauración del sistema». En este trabajo, abordaremos la existencia de instrumentos jurídicos que permitan reconocer el «derecho al regreso a la versión anterior» en caso de pérdida de rendimiento causada por actualizaciones, es decir, en situaciones de «obsolescencia provocada».

Existe un número creciente de casos históricos que involucran a importantes fabricantes como Apple con iOS y sus teléfonos iPhone, Samsung con Android y Marshmallow, o Sony y PlayStation, donde las autoridades ya se han pronunciado, considerando estas prácticas como contrarias a derecho, y que son la viva representación de este nuevo fenómeno de «obsolescencia provocada». En última instancia, cabría afirmar que la Directiva 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, sí ofrece un instrumento adecuado en su artículo 19 para proteger a los consumidores frente a estas situaciones. Por consiguiente, se considera que existen bases normativas suficientes para abordar tanto la «obsolescencia provocada» como el «derecho al regreso a la versión anterior» de manera viable.

PALABRAS CLAVE

Obsolescencia provocada, obsolescencia programada, derecho a reparar, dispositivos móviles, bienes con elementos digitales, derecho al regreso a la versión a anterior.

Planned obsolescence and forced obsolescence. Non-conformity arising from digital content updates and the right to downgrade

ABSTRACT

The problem of planned obsolescence, which arose in the context of the economic crisis of the Great Depression in the 1920s, has been analysed in the doctrine, but lacks a unified regulation that comprehensively addresses its implications. Its adverse impact is perceived from the prospects of consumer law, competition law and environmental law, given that it contributes to the generation of e-waste that is difficult to be managed. Current and future reforms (most recently Regulation (EU) 2023/1542 concerning batteries and waste batteries) are likely to address this issue in terms of promoting a more sustainable economic model and consumer empowerment, which could be seen as a step forward in the general interest, intergenerational solidarity and the protection of consumers' legitimate economic interests.

However, «forced» or «triggered» obsolescence represents a new and more sophisticated manifestation from the original planned obsolescence. In this case, the loss of product performance is not due to natural wear and tear or exhaustion

from use, but to upgrades made to the device, either by consumer action (instigated by the manufacturer) or even at the direct initiative of the manufacturer. These updates cause a loss of performance or functionalities leading to a previously non-existent and supervening lack of conformity, affecting the consumer who, if he had not updated his device, would not have experienced this damage. Currently, the possibility of downgrading to previous versions of the firmware or operating system is contractually and technically artificially limited, in many cases preventing the situation from being reversed by a simple «system restore» mechanism. In this paper, we will address the existence of legal instruments to recognise the «right to downgrade» in case of loss of performance caused by upgrades, i.e. in situations of «forced obsolescence».

There are a growing number of landmark cases involving major manufacturers such as Apple with iOS and its iPhone smartphones, Samsung with Android and Marshmallow, or Sony and PlayStation, where the authorities have taken action considering these practices to be against the law, and which are the living representation of this «forced obsolescence». Ultimately, it could be argued that Directive 2019/770 on certain aspects of contracts for the supply of digital content and services does provide an adequate instrument in its Article 19. Therefore, it is considered that there are sufficient regulatory bases to address both «forced obsolescence» and the «right to downgrade» in a workable manner.

KEYWORDS

Forced obsolescence, planned obsolescence, right to repair, mobile devices, goods with digital components, right to downgrade.

SUMARIO: 1. Introducción: una visión general y un breve apunte sobre aspectos ambientales y de solidaridad intergeneracional.–2. Apuntes sobre la obsolescencia programada: estado de la situación y nuevas perspectivas.–2.1 Estado actual de la situación. –2.2 Producción de residuos electrónicos y un nuevo objetivo: hacia una economía más circular y sostenible.–3. El pacto verde europeo, la Agenda del Consumidor 2020-2025, y la Propuesta de Reglamento de diseño ecológico y productos sostenibles. Nuevas perspectivas en clave de sostenibilidad.–4. Obsolescencia provocada: casos históricos recientes que afectan específicamente a bienes con elementos digitales.–4.1 PlayStation 3 y OtherOS.–4.2 Apple e iOS 8.–4.3 Microsoft y los reproductores Zune.–4.4 Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado de Italia: multa a Samsung y Apple por actualizaciones de sistemas operativos en sus teléfonos móviles.–4.5 Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (Francia): multa a Apple por iOS 10.2.1 y 11.2.–5. La obsolescencia provocada o forzada. Bienes con elementos digitales que devienen no conformes por razón de una actualización instada por el fabricante del bien.–5.1 Supuesto de hecho básico: qué se entiende por obsolescencia provocada o forzada y cuándo nos encontramos ante ella.–5.2 Posibles remedios a través del derecho de desistimiento: «derecho al regreso a la versión anterior» («right to downgrade») y la falta de conformidad sobrevenida.–5.3 Una contrapartida esencial: el papel de las actualizaciones como elemento clave de ciberseguridad.–6. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: UNA VISIÓN GENERAL Y UN BREVE APUNTE SOBRE ASPECTOS AMBIENTALES Y DE SOLIDARIDAD INTERGENERACIONAL

La obsolescencia programada es una cuestión que no se manifiesta con demasiada frecuencia en el debate social: aunque existe cierta conciencia sobre el problema, es un debate donde la tradición verbal sobre bombillas o nailon² se mezclan con las apreciaciones personales. Sin embargo, donde sí parece haber homogeneidad, es a la hora de apreciar que sus consecuencias resultan, desde luego, perceptibles para la gran mayoría de los ciudadanos. Probablemente, todos hemos sufrido en primera persona, o hemos observado en algún amigo o familiar, cómo un objeto razonablemente nuevo o con poco uso, dejaba de funcionar inexplicablemente; o, cuanto menos, de forma desproporcionada e inesperada en relación con su grado de utilización.

La obsolescencia, sin embargo, tiene dos caras: una como funcionalidad, y otra, como estilo³ o moda⁴ (tendencia de consumo).

² Es recurrente retrotraerse al caso de las bombillas y el cartel «Phoebus». Así, véanse, entre otros: FRIEDEL, «Obsolescence: origins and outrages», *Technology and Culture*, vol. LIV, núm. 1, 2013, pp. 167 a 169; <https://doi.org/10.1353/tech.2013.0014>. WRBKA, «Warranty Law in Cases of Planned Obsolescence. The Austrian Situation», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. VI, 2017, pp. 67 a 76. Más ampliamente, del mismo autor, vid. WRBKA y DIMATTEO, «Comparative warranty law: case of planned obsolescence», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. XXI, núm. 4, 2019, pp. 907 a 977. Disponible en: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1591&context=jbl>. De su página 913 (aunque se recomiendan las siguientes para mayor amplitud), traducción propia: «La aparición del debate sobre la obsolescencia programada de la calidad puede relacionarse con el cartel Phoebus de mediados de los años veinte, cuando los fabricantes se confabularon para limitar la vida útil de las bombillas incandescentes.»

MAGGIOLINO: «Planned Obsolescence: A Strategy in Search of Legal Rules.», *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, núm. 50, 2019, pp. 405 a 407. <https://doi.org/10.1007/s40319-019-00812-1>, p. 405.

Por su parte, SOTO PINEDA refiere también a este cartel Phoebus junto con otros casos próximos en el tiempo (principios del siglo XX y, como veremos más adelante, en el contexto de la Gran Depresión), citando General Motors frente al Ford T, o el caso de las medias de nailon. Véase SOTO PINEDA: «La obsolescencia programada y la defensa de la libre competencia», autor y coordinador de: «Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada», Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 233 a 278. En sus páginas 245 y 246 efectúa un repaso sobre los principales casos con diversas citas doctrinales: «Al cartel de los bombillos, también conocido como Phoebus, la obsolescencia de estilo puesta en práctica por General Motors para hacer frente al Modelo T de Ford, el decrecimiento en la calidad de las medias femeninas de nailon liderado por Dupont tras la Segunda Guerra Mundial, se han unido a iniciativas escalonadas de importantes multinacionales como Monsanto, que se vio involucrada en una polémica acerca de la inhabilitación por medios genéticos de la capacidad de una semilla para germinar en una segunda temporada de cultivo; Apple (...) o Johnson & Johnson».

³ GUILTINAN: «Creative Destruction and Destructive Creations: Environmental ethics and Planned Obsolescence», *Journal of Business Ethics*, núm. 89, 2009, pp. 19 a 28. En particular, p. 20.

⁴ CENTOBELLI; ABBATE; NADEEM; GARZA REYES: «Slowing the fast fashion industry: An all-round perspective», *Current Opinion in Green and Sustainable Chemistry*, núm. 38, 2022, pp. 1 a 9; <https://doi.org/10.1016/j.cogsc.2022.100684>. En su página

En el primer caso, se manifiesta a través de fallos o de una durabilidad limitada sobre productos que, aparentemente, no tendrían por qué sufrir problema alguno. En el segundo caso, sencillamente, es el reflejo de nuestra mentalidad como consumidores: nos hemos acostumbrado a prescindir de las cosas «viejas»⁵ y a seguir las modas⁶. Prendas de ropa⁷ que únicamente usamos en una temporada⁸ (o menos, pues el fenómeno llamado *fast fashion*⁹ ha generado colecciones prácticamente mensuales, quincenales, y hasta semanales); cambios frecuentes de teléfonos móviles y dispositivos digitales de toda índole que funcionan perfectamente por otros más modernos y sin sustanciales novedades o mejoras; electrodomésticos; o mobiliario, entre otros.

Con estas líneas, no se trata de efectuar un juicio de valor, ni tampoco se busca la reflexión ni la concienciación del lector, sino, únicamente, señalar los hechos relevantes para este artículo, a fin de esbozar sucintamente el estado actual de la situación. Un cambio de patrones de consumo de esta magnitud no puede plantearse ni defenderse en las escasas páginas de este trabajo, pues sus consecuencias serían de un extraordinario y profundo calado económico y social, que requerirían un análisis multidisciplinar. Sin perjuicio de ello, nótese que la Nueva Agenda del Consumidor 2020-2025, promovida desde la Comisión Europea, apuesta

1 (traducción propia): «En lugar de evaluar cómo el diseño y la fabricación pueden adaptarse a los deseos del cliente y a la sostenibilidad, la ropa se planifica y confecciona para una rápida rotación de tendencias mediante la obsolescencia y la eliminación temprana, lo que permite obtener un beneficio rápido y generar una gran cantidad de residuos». Véase también Pardo: «La sostenibilidad y la moda», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Coord.): «Transformación hacia la sostenibilidad», IE, Ontier, Thomson Reuters Aranzadi, 2022. pp. 85 a 102.

⁵ FLETCHER: «Durability, Fashion, Sustainability: The Processes and Practices of Use, Fashion Practice», *The Journal of Design, Creative Process & the Fashion Industry*, vol. IV, núm.2, 2012, pp. 221 a 238. La versión consultada es en línea (publicada en 2015): <http://dx.doi.org/10.2752/175693812X13403765252389>.

⁶ STAHEL: «Durability, Function and Performance», en COOPER (Ed.): «Longer Lasting Products. Alternatives To The Throwaway Society», Routledge, Londres, 2010 (versión en eBook consultada editada en 2016). DOI <https://doi.org/10.4324/9781315592930>, p. 175 (traducción propia): «La durabilidad se ve limitada por la moda en los bienes de consumo, mientras que en los bienes de capital se ve recompensada por un enfoque centrado en la función. (...) Una visión funcional de los bienes deja de lado aspectos psicológicos como la moda. Sin embargo, para que la función prevalezca sobre la moda, puede ser necesario cambiar la relación de las personas con los bienes, de “propietarios” a “usuarios”».

⁷ FLETCHER: ob. cit. pp. 235 y 236.

⁸ PARDO: ob. cit. pp. 85 a 88.

⁹ NIINIMÄKI et al.: «The environmental price of fast fashion», *Nature Reviews Earth & Environment*, vol. I, núm. 4, 2020, pp. 189 a 200. <https://doi.org/10.1038/s43017-020-0039-9>. Singularmente ilustrativos para consulta los gráficos-resumen que hay en casi todas las páginas.

por aumento de la vida útil de los productos, mayor durabilidad y mayor desarrollo de la economía circular¹⁰.

Mientras tanto, desde otro punto de vista, el ritmo de consumo¹¹ basado en usar y tirar¹² podría ser considerado una práctica incompatible con los principios de sostenibilidad ambiental –incardinable en el derecho al medioambiente de los artículos 45.1¹³ de la Constitución Española¹⁴; 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵; e incluso el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea¹⁶–, debido a la cantidad de residuos que se acumulan en vertederos, y cuyo destino es la oxidación, el deterioro y desperdicio de los materiales. En particular, en lo que aquí interesa, la generación de basura tecnológica supone un reto para la

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Nueva Agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible. COM(2020) 696. Bruselas, 13 de noviembre de 2020.

¹¹ ISLER SOTO: «Acerca de la licitud de la obsolescencia programada a la luz del derecho de consumo», en GONZÁLEZ PULIDO (Coord.) y BUENO DE LA MATA (Dir.): «FODERTICS 9.0: estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia», Comares, Granada, 2021, pp. 39 a 48. En particular, en sus páginas 44 y 45, conectando en esta última con el derecho al medioambiente, anteriormente referenciado.

¹² TAPIA HERMIDA: «La «codificación» de la normativa de protección del consumidor en la Unión Europea», *La Ley Unión Europea*, núm. 101, 2022. La Ley 2496/2022.

¹³ Artículo 45.1: «Protección del medio ambiente. En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad».

¹⁴ FIGUEROA ALEGRE: «El derecho a un medio ambiente adecuado en la constitución española de 1978», *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 17, 2008. Disponible en formato HTML plano en el Portal del Centro Informático Científico de Andalucía (Agencia Digital de Andalucía): https://huespedes.cica.es/gimadus/17/06_constitucion_espaniola.html. De sus conclusiones: «No cabe duda, entonces, que “el derecho a un medio ambiente adecuado” es aún ahora, luego de casi treinta años de vigencia del texto constitucional, un “derecho constitucional en desarrollo” con una estructura abierta, que pretende del legislador el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales para fijar su contenido y precisar su objeto».

Esta incuestionable realidad aunada a su posible carácter prestacional de difícil realización, dificultarían el acceso a los tribunales para la satisfacción de sus intereses. Ello como es obvio, provoca una discordancia entre el reconocimiento constitucional del derecho y su virtualidad práctica. Por ello, se hace indispensable la labor del legislador para determinar qué posiciones jurídicas individuales forma parte de su contenido y cuya vulneración permita al titular invocarlo en la defensa de sus intereses ambientales. (...) el desarrollo legislativo que se pretende del legislador (...) por la «exigencia» de lo dispuesto en el artículo 53.3 CE, (...), sería la expresión del fiel reflejo de la evolución de un estado social y democrático de derecho propugnada por la propia Constitución». Obsérvese que el artículo 51 CE, relativo a la protección de los consumidores, también está supeditado, como el resto de artículos programáticos del capítulo III, a tales desarrollos legislativos del artículo 53.3. En otras palabras: consumo, obsolescencia y medioambiente se dan la mano en este punto, y sería coherente el desarrollo de normativa conjunta en esta materia».

¹⁵ Artículo 37: «Protección del medio ambiente. En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad».

¹⁶ Artículo 3.3: «La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico».

gestión de componentes tan habituales y necesarios como contaminantes (litio, plomo, mercurio, cadmio, cromo) a largo plazo, lo que genera, además, un problema de equidad o solidaridad intergeneracional¹⁷. Porque, en efecto, este debate es sensible también a la tecnología de materiales: un producto biodegradable o de menor impacto ecológico conlleva, casi irremediabilmente, un menoscabo en su durabilidad, pues son conceptos antitéticos. En el término medio, se encuentra la postura según la cual, la durabilidad es un enfoque positivo de cara a mejorar en términos de sostenibilidad, pero se encuentra supeditado a que exista un adecuado mantenimiento y reparación¹⁸.

En las siguientes páginas, expondremos los antecedentes en materia de obsolescencia programada a fin de establecer el contexto tradicional para, posteriormente, abordar un nuevo enfoque sobre una práctica similar, pero distinta: la obsolescencia provocada. Sin perjuicio de su ulterior desarrollo, desde este momento podemos adelantar que se trata del fenómeno que afecta a los bienes con elementos digitales (en la terminología de las Directi-

¹⁷ RODRIGUES BERTOLDI; y PINHEIRO SCHONHOFEN: «A solidariedade intergeracional ambiental e o processo estrutural como instrumentos para a contenção do estado de coisas inconstitucional ambiental», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. XIII, núm. 1, 2022. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/rcda/article/view/404070>. Aunque se trata de un artículo referido a la situación de Brasil en particular, las conexiones constitucionales que efectúa con otros derechos fundamentales como la salud, la vida o la dignidad humana son perfectamente asimilables en nuestro ordenamiento jurídico. En España, SOLER TORMO: «La configuración constitucional del medio ambiente como derecho», tesis doctoral dirigida por D.ª Remedio Sánchez Ferriz, Universitat de Valencia, 2016. Disponible en: <https://roderic.uv.es/handle/10550/55947>, pp. 203 a 209. Siguiendo a LEMA AÑÓN, en su página 207: «Al recaer sobre bienes transtemporales, existe la obligación de conservar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio ambiental del presente, de la que se deriva que el patrimonio natural de los no nacidos deba considerarse como un bien jurídico merecedor de protección, obligación a la que se encuentran sujetas las generaciones presentes de forma solidaria».

¹⁸ AFRINALDI *et al.*: «Minimizing economic and environmental impacts through an optimal preventive replacement schedule: Model and application», *Journal of Cleaner Production*, vol. CXLIII, 2017, pp. 882 a 893. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.12.033>. Los autores proponen un modelo matemático (y efectúan pruebas relativas a neumáticos de automóvil), pero se encuentran con insalvables dificultades ya que se trata de un problema de optimización no lineal (es decir, es muy complejo formular un sistema de ecuaciones con un conjunto de variables reales desconocidas, pero donde se persigue maximizar una función objetivo). Nótese que para cada industria, proceso, materiales, producto y finalidad, estas variables cambian y son muy diversas. Véase asimismo: SANYÉ MENGUA *et al.*: «Eco-designing the use phase of products in sustainable manufacturing: The importance of maintenance and communication-to-user strategies», *Journal of Industrial Ecology*, vol. XVIII, núm.4, 2014, pp. 545 a 557. <https://doi.org/10.1111/jiec.12161>. En su introducción (traducción propia): «(...), si se tiene en cuenta todo el ciclo de vida del producto ecodiseñado, el impacto ambiental podría reducirse hasta un 40% e incluso hasta un ≈93% (dependiendo del procedimiento de limpieza) como resultado de grandes mejoras en la fase de mantenimiento».

vas 2019/771¹⁹ y 2019/770²⁰) cuyo rendimiento y conformidad (en sentido técnico-jurídico), en principio, satisfactorios para el consumidor, quedan menguados de forma súbita y sobrevenida, a raíz de una actualización, sin la cual, el producto hubiera continuado funcionando adecuadamente conforme a su rendimiento previo. Recuérdese en este punto que ambas normas europeas son prácticamente hermanas gemelas, y no pueden ser interpretadas la una sin la otra. Que la numeración de ambas sea consecutiva no es casualidad, sino todo lo contrario: su tramitación conjunta comenzó en 2015. Desde entonces, se vinieron gestando de forma simultánea con el número de Propuesta de Directiva 634/2015²¹ y el número de Propuesta de Directiva 635/2015²², herederas del malogrado proyecto de CESL –en este sentido, véanse los trabajos coetáneos y previos de Garrote Fernández-Díez²³, Beale²⁴ o Castillo Parrilla²⁵, entre otros–. Finalmente, en el año 2019, ambas fueron publicadas el mismo día y de forma consecutiva (2019/770 para la Directiva de contenidos digitales, y 2019/771 para la Directiva de contratos de compraventa). Teniendo en cuenta que tienen un punto de partida y una fecha de publicación comunes –además del contenido que señalaremos–, desde ya puede advertirse la existencia de un contexto común en la creación de estas dos Directivas, y que resulta importante para su adecuada exégesis: la importancia de los elementos digitales dentro de la nueva economía digital y en el

¹⁹ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 136 de 22 de mayo de 2019.

²⁰ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 136 de 22 de mayo de 2019.

²¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2015, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales. COM(2015) 634 final, 2015/0287 (COD).

²² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2015, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes COM(2015) 635 final, 2015/0288 (COD).

²³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: «Compraventa y suministro de contenidos digitales en la directiva 83/2011 y CESL», en CARRASCO PERERA (Dir.): «*Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*», Thompson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 753 a 764.

²⁴ BEALE: «El futuro del derecho contractual europeo a la luz de las propuestas de directivas de la Comisión Europea sobre contenidos digitales y compraventa en línea», *IDP: Revista d'Internet, Dret i Política*, núm. 23, 2016. Disponible en: <https://idp.uoc.edu/articles/abstract/10.7238/idp.v0i22.3096/>.

²⁵ CASTILLO PARRILLA: «El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el Derecho de consumidores. De la Propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17, 2016. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/20556>.

mercado único de la Unión Europea. De este modo, forman un binomio de normas que se reenvían entre sí, interactúan, e incluso presentan artículos miméticos.

II. APUNTES SOBRE LA OBSOLESCENCIA PROGRAMADA: ESTADO DE LA SITUACIÓN Y NUEVAS PERSPECTIVAS

II.1 ESTADO ACTUAL DE LA SITUACIÓN

La problemática²⁶ de la obsolescencia programada²⁷ es familiar²⁸ para los ciudadanos del siglo XXI, tratándose de una práctica que ha venido instalándose en la conciencia colectiva y percibiéndose como nociva para los consumidores, a la par que justificada económicamente a la luz de los históricos ejemplos de las bombillas de filamento de carbón, que dieron paso a los de tungsteno, y de las medias de nailon de DuPont, material que fue abandonado en pos de la licra²⁹.

Pero además de estos ejemplos clásicos, el medio digital ha traído consigo una nueva forma de obsolescencia que no es exactamente programada, sino inducida. De un lado, la obsolescencia programada, se concibe como «la producción de bienes con vidas útiles ineconómicamente cortas para que los clientes tengan que hacer compras repetidas»³⁰, efecto que se manifiesta mediante un

²⁶ POPE: «Understanding Planned Obsolescence: Unsustainability Through Production, Consumption and Waste Generation», Kogan Page Publishers, Londres, Reino Unido, 2017.

²⁷ Las primeras referencias a la idea fueron expresadas por Justus George Frederik en 1928, con términos como «obsolescencia de la deseabilidad» («*obsolescence of desirability*»), y «obsolescencia progresiva» («*progressive obsolescence*»). FREDERICK: «Is Progressive Obsolescence the Path toward[s] Increased Consumption?», *Advertising and Selling*, núm. 10, 1928, pp. 19, 20, 44 y 46.

²⁸ Sin embargo, el término que se popularizó y llegó a nuestros días apareció se lo debemos a LONDON: «Ending the Depression Through Planned Obsolescence», autopublicado, Nueva York, 1932. Puede consultarse el ejemplar digitalizado en: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=wu.89097035273;view=1up;seq=5>. Se trata del primer ensayo de una trilogía autopublicada por el citado autor entre 1932 y 1935, y que hoy se conserva en la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América. Los otros dos ensayos precursores sobre esta materia son «The New Prosperity Through Planned Obsolescence: Permanent Employment, Wise Taxation and Equitable Distribution of Wealth», publicado en 1934; y «Rebuilding Prosperous Nations Through Planned Obsolescence», un año después, en 1935.

²⁹ SOTO PINEDA: ob. cit., p. 245.

³⁰ BULOW: «An Economic Theory of Planned Obsolescence», *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, vol. CI, núm. 4, 1986, pp. 729 a 750, p. 729 (traducción propia): «La “obsolescencia programada” es la producción de bienes con una vida útil antieconómicamente corta para que los clientes tengan que repetir las compras».

agotamiento o desgaste de acuerdo a parámetros de limitación de uso predeterminados por el fabricante. En efecto, se trata de una práctica que afecta de forma clara a los «intereses económicos de los consumidores y usuarios». Nótese en este punto, que tal expresión representa uno de sus derechos esenciales, según los artículos 51 CE y 8 LGDCU [especialmente, apartados b) y d)]. El listado de derechos que enumera este artículo 8 LGDCU, es taxativamente irrenunciables según el artículo 10 de la misma norma. Por consiguiente, al tratarse de una práctica que produce el menoscabo en la durabilidad y utilidad del objeto de forma artificial, no solo disminuye su utilidad económica de forma directa: también genera de forma subrepticia la necesidad de tener que volver a adquirir de nuevo el producto —es decir, incurrir en un nuevo desplazamiento patrimonial—, con el fin de sustituir y desechar el producto deteriorado de forma artificial³¹.

En dicha línea, desde largo tiempo ha venido sosteniéndose una ácida crítica hacia fenómenos perjudiciales para los intereses de los consumidores, particularmente, frente a la obsolescencia programada. De forma directa y llana, Echeverri Salazar y Ospina Gómez han esbozado el estado de la situación:

«La obsolescencia programada podría ser entendida como la práctica empresarial según la cual los fabricantes elaboran productos pensados para convertirse en obsoletos en un periodo de tiempo relativamente corto. Esta táctica constituye un fenómeno que afecta diferentes esferas de la sociedad y frente a la cual el derecho ha sido incapaz de responder de forma directa y adecuada, convirtiéndola en otro de los claroscuros existentes dentro del ordenamiento jurídico»³².

³¹ TAPIA HERMIDA: «La “codificación” de la normativa (...)», ob. cit., La Ley 2496/2022: «Los consumidores pueden encontrarse con prácticas de obsolescencia temprana según las cuales los bienes duran menos que su «vida útil» normal, de acuerdo con las expectativas razonables de los consumidores. En particular, el fallo prematuro de los bienes puede deberse a la obsolescencia programada, u obsolescencia incorporada en el diseño industrial, que es una política comercial que consiste en planificar o diseñar deliberadamente un producto con una vida útil limitada, de modo que llegue a ser obsoleto o no funcional tras un determinado período de tiempo. Procede destacar la relación de estas referencias de la Guía con la durabilidad que es uno de los cinco principios esenciales de la reforma de la Ley del Consumidor por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril. Así, cuando abordamos la reforma de la Ley del Consumidor por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, nos referimos a la sostenibilidad de los bienes de consumo en forma de la durabilidad que exige un cambio del modelo lineal de la economía, en el que la producción de bienes y servicios sigue la pauta de «usar-consumir-tirar» y que exige un uso intensivo de recursos naturales y genera una elevada cantidad de residuos por otro que opere con la pauta de «usar-consumir-conservar», que reduce las exigencias de recursos naturales y la generación de residuos».

³² ECHEVERRI SALAZAR; y OSPINA GÓMEZ: «Obsolescencia programada y derechos del consumidor», en LLAMAS POMBO (Coord.): «Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca», Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 179.

Parece evidente que se trata de una práctica que contraviene de forma directa los derechos e intereses de los consumidores y usuarios apenas referidos.

Dentro de la complejidad que presenta una materia como la que nos ocupa, arroja algo de luz sobre este punto de vista Soto Pineda, quien ha observado cierta dificultad para «realizar una delimitación teórica restrictiva de la obsolescencia programada, toda vez que día a día, la conducta cuenta con un mayor alcance y profundidad con motivo de la dinámica evolución tecnológica y científica a la cual están sometidos los entornos empresarial, económico y social»³³.

Sin embargo, a renglón seguido, efectúa una aproximación al fenómeno, afirmando que: «La finalidad primordial de esta conducta empresarial, es la de asegurar que los consumidores acudan al mercado una y otra vez a adquirir productos semejantes más actuales y renovados que presten la misma funcionalidad –o una similar–, al observar que aquellos que ya poseen, han devenido obsoletos.» En efecto, tal es un elemento clave aquí: funcionalidad idéntica o, como poco, similar. El fulgurante desarrollo tecnológico hace que algunos aparatos, sobre todo bienes con elementos digitales (en la terminología de las Directivas 2019/770 y 2019/771), devengan aparentemente obsoletos. Pero no es del todo exacto, puesto que, con la debida programación, en no pocas ocasiones serían capaces de ejecutar aplicaciones y funcionalidades con normalidad. Nótese en este punto que tal posibilidad está cercenada a los consumidores y usuarios, quienes son propietarios de sus dispositivos, pero no pueden disponer libremente de ellos, en el sentido de que algunos fabricantes vetan o dificultan la ejecución de programas que no gocen de su validación expresa (Apple con iPhone o iPad, Nintendo o Sony en sus videoconsolas, etc.). Estas restricciones se encuentran implantadas mediante dos vías. La primera, el uso de medidas tecnológicas (sin posibilidad de ser superadas). La segunda, legalmente, mediante el clausulado contenido en los contratos de adhesión (licencias) aceptados para poder ejecutar el sistema operativo, que es la base de funcionamiento de multitud de bienes con elementos digitales. En este punto, cabría preguntarse: ¿podríamos encontrarnos ante potenciales cláusulas abusivas, por restringir los derechos de los consumidores, en perjuicio de sus propios intereses económicos, y por generar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe? La pregunta ha sido formulada siguiendo la dicción del artículo 82.1 LGDCU, pues tales prácticas podrían ser

³³ SOTO PINEDA: «Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores», *Actualidad Civil*, núm. 6, 2015, pp. 40 a 55. La Ley 4474/2015.

compatibles con lo dispuesto en él³⁴, y, por tanto, indeseables para el ordenamiento jurídico desde una óptica de derecho de consumo. El precepto solo es aplicable dentro del clausulado contenido en un contrato, pero la práctica económica aquí debatida, se sostiene sobre nociones que presentan una notable identidad de razón.

Resulta muy difícil llevar a cabo un juicio totalmente aséptico, desde un punto de vista frío, y alejado de las influencias de las modas y del consumismo, que forman parte inescindible de nuestro comportamiento social contemporáneo. Si lográsemos abstraernos por un momento, parecería más sensata esta posibilidad que la alternativa: sería preferible poder escoger el sistema operativo que mejor rendimiento otorgue a nuestro aparato, antes que continuar adquiriendo nuevos productos y desechando los antiguos, con la generación de basura tecnológica que conlleva (véase el siguiente subapartado). O, si esto no fuese posible durante la vida comercial del producto, que al menos, pudiese llevarse a cabo cuando sencillamente el fabricante dejase de dar soporte oficial al aparato.

Esta posibilidad que aquí se plantea no resulta inalcanzable, al contrario: garantiza al consumidor la protección de sus legítimos intereses económicos, pues podría permitirle alargar la vida útil de sus productos, rechazando políticas comerciales contrarias a la misma. En similares términos se ha pronunciado Hellman Moreno, quien observa que: «la política intencionada de caducidad anticipada de productos tecnológicos incentiva al usuario a consumir constantemente, reflejando no solo el grado de manipulación en el que operan las grandes empresas, sino también el daño medioambiental generado, imposibilitando al final y desgraciadamente una gestión adecuada de los objetos desechados»³⁵. Este aspecto se encuentra claramente presente en las tecnologías digitales, y tiene dos manifestaciones típicas: de un lado, cuando se producen e incluso se incentiva a instalar actualizaciones que causan una pérdida de rendimiento, generando una falta de conformidad sorpresiva y sobrevenida para el consumidor. Del otro, cuando llega el inevitable abandono del soporte oficial al producto (que no cabe exigir a las empresas *in perpetuum*), y el fabricante veta activamente al consumidor la posibilidad de instalar otro *firmware* o sistema operativo, lo que le deja, de facto, impedido para poder buscar alternativas de

³⁴ 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

³⁵ HELLMAN MORENO: «¿Cómo superar la actual e ineficiente regulación internacional en torno a la obsolescencia programada? La conveniencia de catalogar la obsolescencia programada como un crimen de Derecho Internacional», *Diario La Ley*, núm. 8819, 2016. La Ley 5992/2016.

solución (típicamente, parches elaborados en comunidades de usuarios; o sistemas operativos con vocación «legacy» como LineageOS³⁶).

El concepto que aquí estamos planteando se sustenta sobre los hechos y situaciones apenas expuestas, y que denominaremos «obsolescencia provocada». A diferencia de lo que ocurre en la «obsolescencia programada», aquí el producto no pierde capacidades. Tampoco muestra signos de agotamiento, desgaste o fatiga por el uso en sí mismo. Se trata de un fenómeno que, de forma súbita, produce una pérdida de rendimiento que acae como consecuencia de la instalación de actualizaciones en el aparato. En otras palabras, la obsolescencia viene provocada por una acción, consistente en tratar de mantener el producto al corriente de las últimas versiones de *firmware*, sistema operativo o versión de *software* que provee (e incluso conmina a descargar e instalar) el propio fabricante³⁷.

En los últimos años, parece que comienza a observarse creciente concienciación y demanda de un cambio hacia una economía más circular y sostenible, que empieza a permear la literatura comunitaria y que, previsiblemente, irá paulatinamente cristalizando en normas de *ius cogens* a lo largo de la presente década, a fin de acercarnos a los objetivos de la Agenda 2030.

II.2 PRODUCCIÓN DE RESIDUOS ELECTRÓNICOS Y UN NUEVO OBJETIVO: HACIA UNA ECONOMÍA MÁS CIRCULAR Y SOSTENIBLE

En un contexto global de evolución tecnológica, la otra cara de la moneda son los residuos tecnológicos. En la Reunión Anual del Foro Económico Mundial celebrada en Davos en enero de 2019, se presentó el informe: «A New Circular Vision for Electronics. Time for a Global Reboot»³⁸, elaborado por una coalición de

³⁶ Lineage OS, compatible con más de 250 teléfonos y otros dispositivos a fecha diciembre de 2023: <https://wiki.lineageos.org/devices/>

³⁷ Junto a este concepto, debe traerse a colación el de «retrocompatibilidad» o «backwards compatibility», que permite a dispositivos actualizados continuar interactuando con versiones antiguas. El desarrollo informático y tecnológico en ocasiones puede conllevar que, necesariamente, para implementar determinadas funcionalidades clave, deban dejarse atrás dispositivos que ya tienen un tiempo en el mercado. Existirán razones de índole económica (los aparatos antiguos sean una minoría y no supongan un incentivo económico), pero en no pocas ocasiones también existen razones de índole puramente técnica.

³⁸ Foro Económico Mundial de Davos 2019: «A New Circular Vision for Electronics. Time for a Global Reboot». Consultado en línea por última vez el 18 de febrero de 2024. Disponible en http://www3.weforum.org/docs/WEF_A_New_Circular_Vision_for_Electronics.pdf

organizaciones internacionales (conocida como la E-waste Coalition³⁹) coordinadas por la ONU, y que aúna a importantes figuras como la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT); el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA); la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI); el Instituto de las Naciones Unidas para la Formación e Investigación (UNITAR); la Universidad de las Naciones Unidas (UNU) y la Secretaría de los Convenios de Basilea y Estocolmo. Cuenta con el respaldo del Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible (WBCSD), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Foro Económico Mundial y está coordinado por la Secretaría del Grupo de Gestión Ambiental (EMG).

De acuerdo con las cifras recogidas en el referido informe, cada año, se producen aproximadamente 50 millones de toneladas de residuos electrónicos y eléctricos («e-residuos»), equivalente en peso a todos los aviones comerciales construidos en la historia⁴⁰. La mitad de esos residuos corresponde a: «dispositivos personales, tales como ordenadores, pantallas, teléfonos inteligentes, tabletas y televisores.» Al ritmo actual, para 2050 se espera que se alcancen los 120 millones de toneladas anuales en residuos electrónicos. En similares términos se pronuncia el Observatorio Mundial de los Residuos Electrónicos 2017⁴¹, informe que, con una extensión notable, aborda el problema de la generación de residuos electrónicos a nivel global.

El derecho no es ajeno a esta circunstancia⁴², y existen visiones doctrinales desde diversas perspectivas. En el ámbito penal, destaca la de Muñoz Conde, López Peregrín y García Álvarez, muy especialmente por destacar la insuficiencia del ordenamiento administrativo para regular de forma adecuada el aparato puni-

³⁹ <https://www.wrforum.org/events/other-events/united-nations-electronic-waste-coalition/>

⁴⁰ F. E. M. de Davos 2019: «A new...» ob cit., pp. 5 y 9.

⁴¹ BALDÉ, FORTI, GRAY, KUEHR, y STEGMANN: «Observatorio Mundial de los Residuos Electrónicos – 2017: Cantidades, Flujos, y Recursos», Universidad de las Naciones Unidas (UNU), Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y Asociación Internacional de Residuos Sólidos (ISWA), Bonn/Ginebra/Viena, 2017. Disponible en: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Climate-Change/Documents/GEM%202017/GEM%202017-S.pdf>

⁴² DELVA BENAVIDES: «El derecho a reparar: Obsolescencia, regulación y su impacto en los desechos tecnológicos», *Revista de derecho ambiental*, núm. 18, 2022, pp. 13 a 34. <https://dx.doi.org/10.5354/0719-4633.2022.66915>

tivo contra este bien jurídico constitucionalmente protegido⁴³. Con una gran especificidad en la materia, desde una perspectiva administrativa, cabe citar la obra Torres López, Arana García, y Conde Antequera⁴⁴; si bien, dentro de la misma, el capítulo más adecuado a la temática corresponde al capítulo segundo, obra de Sánchez-Mesa Martínez⁴⁵. En el año 2019, la Universidad de Castilla la Mancha publicó algunos de los resultados derivados de la celebración de las II Jornadas Internacionales sobre «Constitución y mercado en la crisis de la integración europea» que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de Albacete los días 21 y 22 de noviembre de 2016, siendo especialmente significativo el trabajo de Reginaldo Pereira⁴⁶.

Evidentemente, se trata de una cuestión de extraordinaria complejidad jurídica, que excede con mucho los fines de este trabajo. Desde la perspectiva de la Unión Europea⁴⁷, debe recordarse que es parte firmante⁴⁸ del Acuerdo de París de 2015⁴⁹ para el cambio climático, y las reflexiones que se vierten en este trabajo contribuyen de forma directa a cumplir con las premisas de los apartados b) y c) del artículo 2.1⁵⁰, pues permiten evitar emisio-

⁴³ MUÑOZ CONDE, LÓPEZ PEREGRÍN, y GARCÍA ÁLVAREZ: «Manual de derecho penal medioambiental», Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2015, p. 14 en cuanto al extremo puntualizado, pero para un estudio específico de la temática referida, páginas 242 a 286.

⁴⁴ Es relevante para esta materia la obra al completo, y de ahí su cita íntegra. TORRES LÓPEZ, ARANA GARCÍA, y CONDE ANTEQUERA (Coords.): «*Derecho ambiental*», Tecnos, Madrid, 2018. Todo ello, sin perjuicio de la siguiente cita *ut infra*.

⁴⁵ SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ: «Aspectos básicos del Derecho Ambiental: objeto, caracterización y principios. Regulación constitucional y organización administrativa del Medio Ambiente», en *ibídem*, páginas 41 a 74.

⁴⁶ PEREIRA: «Desafíos para la concretización del estado de derecho ambiental en un escenario de globalización económica: límites y posibilidades frente a la naturaleza jurídica del derecho fundamental al medio ambiente y de la pérdida del poder normativo del Estado», en GARCÍA GUERRERO y MARTÍNEZ ALARCÓN (Dirs.): «*Constitución y mercado en la crisis de la integración europea*», Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Serie Estudios, 164), Cuenca, 2019, pp. 73 a 102.

⁴⁷ Decisión (UE) 2016/590 del Consejo, de 11 de abril de 2016, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de París aprobado en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 19 de abril de 2016, L 103, pp. 1 y 2.

⁴⁸ Decisión (UE) 2016/1841 del Consejo, de 5 de octubre de 2016, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de París aprobado en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 19 de octubre de 2016, núm. 282, pp. 1 a 3.

⁴⁹ El texto íntegro del Acuerdo se encuentra publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 19 de octubre de 2016, núm. 282/4, pp. 4 a 18.

⁵⁰ «b) Aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promover la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero, de un modo que no comprometa la producción de alimentos; y

c) Situar los flujos financieros en un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente al clima y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero.»

nes de gases de efecto invernadero tanto en la producción como con el consumo continuado de productos tecnológicos, evitando la obsolescencia, reduciendo residuos electrónicos, y promoviendo el consumo energético eficiente. Son, además, una oportunidad y una responsabilidad que la Humanidad del siglo XXI tiene en su contexto histórico y temporal, en los términos de solidaridad intergeneracional ya mencionados.

En particular, los productos electrónicos que sirven para operar con los bienes digitales están formados por componentes que, en gran medida (con la salvedad de la batería, cuya especial naturaleza y procesos electroquímicos constituyen una materia de gran complejidad), están en disposición de presentar un ciclo de vida útil superior a una década. En noviembre de 2018, la página web de la BBC recogía una noticia sobre esta cuestión, en la que se reflejaba que «debería durar de 10 a 12 años en lo que respecta a la parte mecánica y electrónica»⁵¹. El microcosmos del software libre ha sido una fuente de soporte para esos sistemas abandonados, tales como teléfonos, routers, tablets, consolas, microordenadores, etc.⁵², aportando funcionalidades, estabilidad y mejoras de rendimiento a través de la optimización de procesos y aplicaciones más ligeros y, por ende, más fáciles de ejecutar, favoreciendo la extensión de la vida útil de estos productos.

En los últimos años, venimos asistiendo a nuevas iniciativas –generalmente, originadas en los organismos de la Unión Europea– que persiguen un cambio de tendencia de consumo que se aleje del usar y tirar, en pos de una mayor sostenibilidad. A continuación, recogemos algunas de ellas en el siguiente epígrafe.

⁵¹ <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46261763>

⁵² MOSESSO *et al.*: «Obsolescence Paths: living with aging devices», actas del ICT4S 2023 - International Conference on Information and Communications Technology for Sustainability, celebrado del 5 al 10 de junio de 2023, Rennes, Francia, 2023, pp. 1 a 12. Disponible en: <https://hal.science/hal-04097867>. Se señala especialmente la figura 1 como contextualización básica. Las posibilidades aquí mencionadas se tratan a lo largo del artículo, mencionando casos concretos de éxito, si bien cabe resaltar las páginas 3, 8 y 9. Como conclusión, en su página 9 (traducción propia): «Nuestro estudio de los smartphones funcionales que envejecen muestra cómo el almacenamiento y las averías son causas importantes de sustitución del dispositivo, así como la falta de actualizaciones. A menudo se trata de una acumulación de problemas, tanto de software como de hardware, pero también de factores contextuales y sociales, que conforman lo que en este artículo definimos como trayectorias de obsolescencia, y que desencadenan la decisión de adquirir otro smartphone. Nuestros resultados sugieren que la frontera entre la obsolescencia del hardware y la del software es muy difusa: los problemas de hardware pueden desencadenarse, pero a veces también repararse o evitarse mediante acciones relacionadas con el software.

Muchos informantes intentaban alargar la vida de sus dispositivos, desarrollando diversas estrategias. Incluso si se veían frenados por una serie de elecciones de diseño que impedían su capacidad de reparación.»

III. EL PACTO VERDE EUROPEO, LA AGENDA DEL CONSUMIDOR 2020-2025, Y LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE DISEÑO ECOLÓGICO Y PRODUCTOS SOSTENIBLES. NUEVAS PERSPECTIVAS EN CLAVE DE SOSTENIBILIDAD

El 11 de diciembre de 2019 la Comisión Europea publicó la Comunicación conocida como Pacto Verde Europeo⁵³, que contiene 8 grandes líneas maestras en pos la Transformación de la economía de la UE con miras a un futuro sostenible.

En su punto 2.1.3, se prevé la «Movilización de la industria en pro de una economía limpia y circular», y es en ese apartado donde se contiene una única mención relevante al término «obsolescencia programada», en el siguiente contexto: «Asimismo, el plan de acción de la economía circular incluirá medidas para animar a las empresas a que ofrezcan productos reutilizables, duraderos y reparables y para que los consumidores puedan elegirlos. El plan de acción analizará la necesidad de establecer un “derecho a la reparación” y pondrá coto a la obsolescencia programada de los dispositivos, sobre todo en el sector de la electrónica». En efecto, el derecho a reparar es posiblemente la medida que mayor protagonismo y efectos prácticos va a presentar en el corto y medio plazo⁵⁴. Nótese, en este sentido, que nuestro legislador ya introdujo en 2021⁵⁵ (con entrada en vigor desde el 1 de enero de 2022) un nuevo artículo 127 bis en nuestra LGDCU⁵⁶, que establece que los fabricantes deben ofrecer servicio técnico de reparación y repues-

⁵³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «El Pacto Verde Europeo». COM(2019) 640 final.

⁵⁴ 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. A fecha 2 de febrero de 2024, parece haberse alcanzado un acuerdo sobre el texto final, que aún no ha visto la luz. Puede consultarse este último borrador en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6461-2024-INIT/en/pdf>

⁵⁵ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. Publicado en el BOE núm. 101, de 28 de abril de 2021.

⁵⁶ Artículo 127 bis: «1. El productor garantizará, en todo caso, la existencia de un adecuado servicio técnico, así como de repuestos durante el plazo mínimo de diez años a partir de la fecha en que el bien deje de fabricarse.

2. Queda prohibido incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones. La lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público así como la del resto de servicios aparejados, debiéndose diferenciar en la factura los diferentes conceptos.
(...».

tos durante 10 años desde el cese de fabricación del objeto cuya reparación se pretende⁵⁷.

Posteriormente, el 15 de enero de 2020 se pronunció el Parlamento Europeo, mediante su Resolución (2019/2956(RSP))⁵⁸, que dedica sus párrafos 30 a 42 a esa línea maestra anteriormente referida, y donde se incardinarían futuras acciones frente a la obsolescencia programada y, en su caso, provocada («*Movilización de la industria en pro de una economía limpia y circular*»), si bien parece que el enfoque es mucho más amplio y no se limita a esta terminología. Por ejemplo, la apuesta de la Unión Europea refleja otras apuestas como «sostenibilidad» (párrafo 33), «*circularidad*» (párrafo 31), o prevención de residuos (párrafos 36 y 37), entre otras. En lo que aquí interesa, el párrafo 38 se refiere al impulso de legislación que promueva productos que sean más «*duraderos, reparables, reutilizables y reciclables*», ideas absolutamente compatibles con la lucha frente a la obsolescencia. En particular, se refiere a la misma de forma expresa, y: «pide que se presenten propuestas legislativas sobre el derecho a la reparación, la eliminación de la obsolescencia programada y los dispositivos de carga comunes para equipos informáticos móviles». Esta nueva perspectiva parece firme, y parece que se consagra a la luz de los (nuevos):

«principios de denegación, reducción, reutilización, reciclado y reparación con objeto de poner fin a las estrategias comerciales de obsolescencia programada, con arreglo a las cuales los productos están diseñados para tener una vida útil corta y deben ser sustituidos por otros, así como de adaptar el consumo a los límites del planeta; considera que el derecho a la reparación y a un apoyo continuo en el ámbito de los servicios informáticos es indispensable para lograr un consumo sostenible; pide que se consagren estos derechos en la legislación de la Unión».

⁵⁷ AVILÉS GARCÍA: «El nuevo derecho a la reparación de bienes de consumo en los servicios técnicos postventa de una economía circular», *Diario La Ley*, núm. 9883, 2021. La Ley 7406/2021: «Al margen del pasmo que supone toparse ante un Real Decreto-ley *ómnibus a pesar de* los tiempos que corren, entendemos que se ha perdido la ocasión para afrontar en materia de los servicios postventa y piezas de repuesto, ligada al nuevo concepto de durabilidad de los bienes en el contexto de una circular, para hacerlo con un carácter global e integrador de toda la normativa vigente en España, de conformidad con la legislación comunitaria que acaba de entrar en vigor este 1 de marzo de 2021 y con los proyectos en curso de la Comisión Europea. Aquí se separan claramente dos tipos de requisitos fundamentales de este derecho a la reparación, que al menos podrían haberse apuntado en el art. 127 bis TRLGDCU: los requisitos que forman parte de la eficiencia en los recursos (disponibilidad y acceso a las piezas de repuesto de los bienes, distinguiendo tipos distintos como hacen los reglamentos europeos), y, por otra parte, dejar apuntados los requisitos información específicos de cada tipo de producto (donde siempre figura el tiempo mínimo en que estarán disponibles las piezas de recambio de los bienes ahí recogidas en ellos recogidos)».

⁵⁸ P9_TA(2020)0005. Pacto Verde Europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2020, sobre el Pacto Verde Europeo (2019/2956(RSP)), (2021/C 270/01). Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 270 de 7 de julio de 2021.

Más firme aún se mostraba la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020: «Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores»⁵⁹, que sí reconoce de forma expresa el fenómeno de la obsolescencia programada, describiéndolo ampliamente en los párrafos 6 a 9. Esta resolución es particularmente destacable, pues propone la separación de las actualizaciones de los bienes con elementos digitales en dos modalidades: «correctoras» y «evolutivas». Incluso, en su apartado 7.º b), se recoge una configuración legal viable frente para luchar frente a la obsolescencia provocada por estas actualizaciones: «las actualizaciones correctoras deberán mantenerse separadas de las actualizaciones evolutivas, que habrán de ser reversibles, y ninguna actualización deberá reducir nunca el rendimiento o la capacidad de respuesta del producto».

No obstante lo anterior, lo cierto es que nos encontramos ante trabajos *de lege ferenda*, y que en junio de 2024 habrá nuevas elecciones al Parlamento Europeo, de tal forma que la conformación política que surja de las mismas, influirá de forma decisiva en la redacción definitiva de cualquier futura norma acerca de los temas tratados. Transcurridos 3 años, y a juzgar por el texto final de la Directiva sobre baterías que comentaremos en las próximas páginas, cualquier expectativa, por prometedor que sea el extracto citado, debe ser albergada con suma moderación.

Habida cuenta de que un mercado único europeo debe ser el punto de encuentro tanto de industria como de consumidores, parecería lógico que la Nueva Agenda de los Consumidores 2020-2025⁶⁰, propuesta por la Comisión Europea a finales de 2020, estuviera alineada con las premisas de consumo sostenible y economía circular apenas expuestas, y así parece desprenderse de su tenor literal: «Refleja la necesidad de tener en cuenta los requisitos de protección de los consumidores en la formulación y la aplicación de otras políticas y actividades. Complementa otras iniciativas de la UE, tales como el Pacto Verde Europeo, el Plan de Acción para la Economía Circular y la Comunicación “Configurar el futuro digital de Europa”». En concreto, de las cinco líneas

⁵⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020, sobre el tema (sic) «Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores» (2020/2021(INI)). P9_TA(2020)0318, (2021/C 425/03).

⁶⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo: Nueva Agenda del Consumidor Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible, COM/2020/696 final, de 13 de noviembre de 2020.

estratégicas⁶¹ que propone la referida Agenda, tres son aptas para generar sinergias entre consumidores y sostenibilidad: transición ecológica, transformación digital, y tutela y el respeto de los derechos de los consumidores. Es cierto que en la Comunicación no se menciona la obsolescencia programada, únicamente la «obsolescencia temprana», y esto ya llama la atención, porque esta Comunicación y la Resolución anteriormente citada son prácticamente coetáneas (13 y 25 de noviembre), pero no guardan semblanza alguna en este punto. Los últimos desarrollos legislativos están siendo dirigidos hacia el derecho a reparar, que podría ver la luz en 2024 con la citada Propuesta de Directiva «por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes», todavía nonata.

Posiblemente, el avance más palpable hasta el momento dentro de este nuevo movimiento comunitario y este marco estratégico europeo se había producido en marzo de 2022, cuando se presentó la Propuesta de Reglamento de Diseño Ecológico y Productos Sostenibles⁶², que tampoco recogía menciones específicas a la obsolescencia de forma explícita, con una única salvedad. En la exposición de motivos de la propuesta (pág. 4), sí se habló de pasada de «obsolescencia prematura», pero lo hacía en un contexto más amplio, ligada a un nuevo paradigma de «empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica [que] mejorará la información sobre los productos en el punto de venta, en particular la relativa a su durabilidad y reparabilidad, y ayudará a evitar el blanqueo ecológico». Como cabía esperar, al encontrarse meramente en la exposición de motivos, y no aparecer de manera formal en la redacción de los considerandos de la propuesta, aquella mención quedó fuera del texto final del Reglamento.

Tras su negociación y tramitación, la propuesta cristalizó en el Reglamento (UE) 2023/1542 sobre pilas y baterías⁶³, que vio

⁶¹ 1) Transición ecológica; 2) Transformación digital; 3) La tutela y el respeto de los derechos de los consumidores; 4) Las necesidades específicas de determinados grupos de consumidores; y 5) La cooperación internacional.

⁶² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles y se deroga la Directiva 2009/125/CE. COM(2022) 142 final, 2022/0095 (COD), 30 de marzo de 2022.

⁶³ Reglamento (UE) 2023/1542 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023, relativo a las pilas y baterías y sus residuos y por el que se modifican la Directiva 2008/98/CE y el Reglamento (UE) 2019/1020 y se deroga la Directiva 2006/66/CE. Publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 28 de julio de 2023.

la luz el pasado 28 de julio de 2023 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Al igual que ocurre en los textos anteriormente mencionados, no aparece el concepto «obsolescencia programada» en sentido literal, ni siquiera «obsolescencia». Cabría especular si el término evoca connotaciones negativas que el legislador está tratando de evitar. Sea como sea, al no haberse incluido en la última norma comunitaria sobre esta temática, cabe la posibilidad de que no se le otorgue especial relevancia en la nueva producción normativa comunitaria. Sin embargo, sí existen multitud de planteamientos compatibles con la lucha frente a ella, o, si se prefiere, que pueden reconducirse a tal idea en clave de «durabilidad», que sí ha obtenido importantes menciones en el Reglamento (ocupa una relevante extensión en los considerandos), muy especialmente en sus artículos 9 y 10 (sobre requisitos de rendimiento y durabilidad aplicables a las pilas portátiles de uso general y de baterías, respectivamente), aunque solo se refiere a este elemento. Aun con sus limitaciones, y a pesar de la oportunidad perdida, se trata en todo caso de un avance en la dirección adecuada.

Así las cosas, parece ser que cualquier conexión con la idea de sostenibilidad o frente a la obsolescencia, no ha encontrado su lugar en esta norma. Tal conclusión puede adverarse con la redacción definitiva del propio artículo 2 del Reglamento, que establece como principales objetivos: «(...) contribuir al funcionamiento eficaz del mercado interior, evitando y reduciendo al mismo tiempo los impactos adversos de las pilas o baterías en el medio ambiente, y proteger el medio ambiente y la salud humana mediante la prevención y la reducción de los impactos adversos de la generación y la gestión de los residuos de pilas o baterías.». Por el camino, se ha perdido interesante contenido a este respecto. Por ejemplo, en el antiguo artículo 1, se contenía una enumeración de principios que hubieran sido compatibles de forma natural tanto con la idea de sostenibilidad, como con la de evitar una obsolescencia prematura, sea esta programada, provocada, o de cualquier naturaleza. De los nueve elementos de aquella lista del artículo 1 de la propuesta, hubieran resultado interesantes a los efectos aquí tratados, tres: las letras a) «durabilidad y fiabilidad de los productos»; b) «reutilizabilidad de los productos»; y c) «actualizabilidad, reparabilidad, mantenimiento y reacondicionamiento de los productos». De todos ellos, parece que el derecho a

reparar⁶⁴ será el que mayor visibilidad⁶⁵ y crecimiento obtendrá en el corto plazo⁶⁶.

En la propuesta, el artículo 2.20 definía reparar como: «devolver un producto defectuoso o un residuo a una condición en la que sirva para el uso previsto». Esto debe ser puesto en contexto con aspectos de diseño por defecto (así se desprendía del artículo 5.1.e) que hablaba de «diseño ecológico») que favorezcan la reparación –por ejemplo, mediante sistemas de batería extraíble en lugar de integrada–, la instauración de un pasaporte de producto (art. 8) con información sobre agentes reparadores; o una mejora en la información para los consumidores, en términos de facilitar instrucciones para la reparación de los productos (art. 21.7). Gran parte de este planteamiento de mayor amplitud se ha perdido en la redacción final del Reglamento, aunque algunos conceptos si han quedado recogidos, a medio camino. Por ejemplo, el pasaporte, que ahora es solo para las baterías, pasa a llamarse «identificador único» en el artículo 3.66 de la norma; aunque el artículo 77 conserva tal denominación en su título «Pasaporte para baterías».

Valdría la pena mencionar un término que, en la redacción antigua de la Propuesta, resultaba interesante, pero ya entonces

⁶⁴ DELVA BENAVIDES: ob. cit., pp. 31 y 32: «Como respuesta a los e-waste, gobiernos, organizaciones civiles, académicos y ciudadanos en general están luchando por reformas y la creación de nuevas leyes, así como el fomento de acciones que disminuyan significativamente su impacto. Es aquí donde aparece una acción que tiene sentido no solo en materia ecológica sino en materia económica: el derecho a la reparación. Para que el derecho a la reparación sea una realidad es necesario que la información y los materiales necesarios para realizarla estén al alcance de todos. Esto significa que las piezas originales y herramientas especiales para su manipulación se encuentren disponibles a un precio justo. Además, se debe permitir la fabricación de componentes y herramientas genéricas, así como la instalación de talleres profesionales independientes. En ese sentido, el marco legal del derecho a reparar exige que los fabricantes vendan herramientas y piezas de repuesto, poniendo a disposición de los usuarios los documentos necesarios para su reparación».

⁶⁵ TORCA ADELL, y BOVEA EDO: «¿Están alineados los requisitos del derecho a reparar con las prácticas/perspectivas del consumidor?», *27th International Congress on Project Management and Engineering*, celebrado en San Sebastián entre el 10 y el 13 de julio de 2023, pp. 715 a 725. <https://doi.org/10.61547/3397>. De acuerdo con la figura 6 y las explicaciones contenidas en las páginas 720 y 721, la reacción del consumidor ante el fallo del producto (en este caso, se analizan secadores de pelo) en el 71% de los casos era la sustitución entera del producto. Del 29% restante, solo el 16% se planteaban la reparación (y de ellos, el 81% optaba por la reparación en casa, mientras que solo el 19% acudían al servicio técnico oficial). Sin poder extrapolar estas conclusiones a cualquier producto, sí que cabría aventurar que existe un gran camino por recorrer en materia de pedagogía y concienciación del consumidor para promover la reparación frente al «usar y tirar».

⁶⁶ Desde otra óptica, AVILÉS GARCÍA: «Disponibilidad de piezas de recambio en los servicios postventa: una reciente distorsión legislativa interna con el Derecho europeo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 39, 2021, pp. 1 a 12. https://doi.org/10.18239/RCDC_2021.39.2791

parecía abocado a desaparecer, por su ubicación en la misma (tan solo se mencionaba en los argumentarios y exposiciones de motivos): «actualizabilidad». Siendo totalmente cuestionable como vocablo en lenguaje español –como es lógico, no se encuentra reconocido por la RAE–, el concepto es altamente compatible con las premisas defendidas en este trabajo. En particular, podría formularse como la antítesis de la «obsolescencia provocada». La actualizabilidad del producto no puede conducir a su obsolescencia, sino su sostenibilidad. Por desgracia, no forma parte del texto de la norma, y únicamente tenía una solitaria mención en el Considerando 5.º, pero contextualizada de forma apropiada, cuando prevé: «(...) el establecimiento de requisitos de diseño ecológico nuevos para mejorar la durabilidad, reutilizabilidad, actualizabilidad y reparabilidad de los productos, mejorar las posibilidades de reacondicionamiento y mantenimiento». Aunque desapareció en la redacción final, hubiera sido deseable que, en el texto final del Reglamento, se hubiesen ampliado las menciones a este término, como remedio frente a las actualizaciones que causan una pérdida de rendimiento en los bienes con elementos digitales, como ya ha ocurrido en el pasado, con los casos reales que ilustraremos en las páginas del siguiente epígrafe. En cualquier caso, los derroteros de este Reglamento se han dirigido finalmente hacia la regulación de las pilas y baterías, por lo que será necesario esperar a nuevos desarrollos que traten la cuestión de la obsolescencia.

La última referencia (por lejana en el tiempo) relevante en clave de obsolescencia programada como tal, se encuentra en la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre una vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas (2016/2272(INI)). A pesar del tiempo transcurrido, las medidas que proponía son perfectamente adecuadas para la lucha frente a esta práctica, y pueden resumirse en las siguientes: mejora en diseño «de productos sólidos, sostenibles y de calidad» (párrafos 1 a 8); fomento de las posibilidades de reparación y de la vida útil (párrafos 9 a 15, algunos de ellos profusamente desarrollados); garantizar una mejor información del consumidor (párrafos 27 a 32); reforzar el derecho a la garantía legal de la conformidad (esta medida podría no encontrarse satisfecha por la Directiva 2019/771 –para mayor énfasis, véase CORVO LÓPEZ⁶⁷–, poco ambiciosa en tal sentido, como reconoce en sus Consideran-

⁶⁷ CORVO LÓPEZ: «Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. XII, núm. 1, 2020, pp. 118 a 169; <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5183>

dos 41, 43, 45 y, en definitiva, en su artículo 10; pero sí, especialmente en España, ahora que el artículo 120 LGDCU otorga tres años de garantía, uno más de lo que fija la Directiva); y singularmente en el asunto que aquí nos ocupa: «Proteger a los consumidores de la obsolescencia de los programas informáticos».

En este último apartado, se proponían interesantes medidas. La primera de ellas, era promover mayor transparencia en cuanto a las actualizaciones de seguridad y la durabilidad, y cualquier aspecto necesario «para el funcionamiento tanto de los programas como del soporte físico», fácilmente incardinable dentro del derecho a la información de los consumidores. La segunda, fomentar que proveedores y fabricantes realizasen mayores precisiones en los contratos del producto (compatible con la necesaria transparencia en los mismos) sobre el periodo mínimo durante el cual estarán aseguradas las actualizaciones de seguridad de los sistemas operativos y durante cuánto tiempo (algo ya implementado en el artículo 8.2 y 8.3 de la DCSCD 2019/770; y artículo 7 de la DCCVB 2019/771, e incluso el 18); facilitando información clara sobre la compatibilidad de las actualizaciones con los propios aparatos. La tercera, a la que nos referiremos como una casuística relevante en el siguiente epígrafe cuando estudiemos casos históricos de obsolescencia provocada, recoge expresamente el derecho al «*downgrade*» o, si se prefiere, el «derecho al regreso a la versión anterior», con el siguiente tenor literal: «que las actualizaciones indispensables del soporte lógico sean reversibles y objeto de una información sobre las consecuencias en el funcionamiento del aparato». Esta posibilidad no ha sido abordada por el legislador europeo y, en conjunción con el resto de medidas, transformaría de forma muy positiva la capacidad activa del consumidor para solucionar los problemas derivados de la obsolescencia provocada. Propone asimismo que los nuevos aparatos sean retrocompatibles por diseño, una opción interesante y viable que apenas se ha explorado en la literatura jurídica, y que sería compatible con el concepto de «interoperabilidad» del artículo 2.12 de la Directiva 2019/770⁶⁸. Y finalmente, propone un aumento en «la modularidad de los componentes, incluido el procesador, mediante un proceso de normalización que permita garantizar el mantenimiento del bien», aspecto que, en cuanto a la batería, ha sido parcialmente abordado por el Reglamento (UE) 2023/1542.

⁶⁸ «Interoperabilidad»: «la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo».

IV. OBSOLESCENCIA PROVOCADA: CASOS HISTÓRICOS RECIENTES QUE AFECTAN ESPECÍFICAMENTE A BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES

En virtud de lo expuesto hasta ahora en cuanto al contexto histórico, conceptos generales y nuevas tendencias, resulta indispensable para ilustrar la verosimilitud e impacto real del concepto de «obsolescencia provocada» aquí propuesto, reseñar casos prácticos reales donde se produjo este fenómeno, con pérdida de funcionalidades en bienes con elementos digitales, en perjuicio de los derechos de los consumidores que los adquirieron.

IV.1. PLAYSTATION 3 Y OTHEROS

Entre 2006 (2007 en Europa) y 2009, la compañía japonesa Sony fabricó el modelo original de la videoconsola PlayStation 3, que se encontraba a la venta en el mercado mundial, año a partir del cual continuó explotando el hardware de PlayStation 3, pero ahora con un rediseño más fino y atractivo («PS3 Slim»), si bien, compartiendo características esenciales de hardware y software (misma CPU y GPU, mismo sistema de almacenamiento, mismos mandos, mismos juegos, mismo sistema operativo, etc.). El producto original se anunciaba (formaba parte del empaquetado) con una funcionalidad que permitía a la videoconsola aumentar su interoperabilidad y compatibilidad, en el sentido técnico-jurídico actual de ambos términos, según los artículos 2.12 y 2.10 de la DCSCD⁶⁹. Se denominaba: «OtherOS». En palabras llanas, permitía al propietario utilizar el equipo (procesador, almacenamiento, puertos USB, etc.) para instalar otro sistema operativo diferente (generalmente, eran distribuciones de Linux) y obtener así todas las funcionalidades posibles del aparato, incluyendo la instalación

⁶⁹ Al objeto favorecer la intermediación, se ofrecen estos términos y otros relevantes al caso, tal y como se contienen en el artículo 2 DSCSD 2019/770:

9) «entorno digital»: *el apartado (hardware), programa (software) y cualquier conexión a la red que el consumidor utilice para acceder a los contenidos o servicios digitales o para hacer uso de ellos;*

10) «compatibilidad»: *la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos (hardware) o programas (software) con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, sin necesidad de convertir los contenidos o servicios digitales;*

11) «funcionalidad»: *la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad;*

12) «interoperabilidad»: *la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo;*

de otros navegadores web, paquetes de ofimática, herramientas de edición de imagen, etc.

En fecha 28 de marzo de 2010, Sony comunicó⁷⁰ a través de su página web que procedería publicar una nueva versión de su sistema operativo (o *firmware*) para la consola PlayStation 3. Por este medio, notificó a sus clientes que la nueva actualización conllevaría la pérdida de la referida función «OtherOS». Esta actualización colocaba al consumidor ante una dicotomía insalvable:

A) Si decidía no actualizar y conservar esta funcionalidad, Sony no permitiría su conexión a PlayStation Network y el usuario no podría utilizar la consola para jugar *online*, perdiéndose así una función esencial de la videoconsola (juego en línea); o

B) Si decidía actualizar para poder continuar jugando en línea y utilizando las aplicaciones *online* (Netflix, RTVE, Spotify, PlayStation Store, etc.), tendría que renunciar a OtherOS y el resto de funcionalidades que, perfectamente, admitía la máquina.

Esta pérdida de funcionalidades sobrevenida y que encuentra su origen en una acción del fabricante, es un buen ejemplo de obsolescencia que no fue programada en origen, sino que es provocada o forzada activamente. En cualquier caso, se trata de un acto ajeno al propio consumidor.

Como respuesta ante esta situación, consumidores estadounidenses presentaron una acción colectiva⁷¹ («class action lawsuit») que condujo a un acuerdo judicial⁷²: la compañía les reconocía a

⁷⁰ <https://blog.playstation.com/2010/03/28/ps3-firmware-v3-21-update/>

⁷¹ STEVENSON: «Fair Circumvention: A Judicial Analysis for the Digital Millennium's Copyright Act Using the PlayStation 3 as a Case Study», *The Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. XXI, núm.1, 2011, pp. 681 a 725. Disponible en: <https://gould.usc.edu/students/journals/ilj/issues/#21-1>. En su página 686 (traducción propia): «Sony lanzó la versión 3.21 del firmware en abril de 2010, que eliminó la capacidad de los usuarios de ejecutar Linux en sus máquinas. Esto enfureció a muchos usuarios, incluidos los investigadores antes mencionados, que ahora no tenían forma de sustituir máquinas averiadas en sus clústeres de superordenadores». En efecto, el autor se ve afectado, y pone de relieve otra de las cualidades de la máquina, la extraordinaria capacidad de computación que tenía y que servía para otras finalidades, tales como investigación médica y simulaciones complejas. A tal respecto (aunque seguramente exceda el ámbito de consumo), véase LUTTMANN *et al.*: «Accelerating molecular dynamic simulation on the cell processor and Playstation 3», *Journal of Computational Chemistry*, vol. XXX, núm. 2, 2009, pp. 268 a 274. <https://doi.org/10.1002/jcc.21054>.

⁷² La página oficial del acuerdo era y estuvo en línea durante más de una década: <http://www.otherossettlement.com/>. A día de hoy, el enlace ya no funciona, pero puede consultarse su contenido gracias al servicio WayBack Machine. Aquí está el contenido original de noviembre de 2016, cuando se alcanzó el primer preacuerdo (había una vista prevista para el 27 de enero de 2017 para aprobar la propuesta de acuerdo en sede judicial –originalmente de 55\$, no de 65\$ como acabó siendo finalmente–, alargándose el proceso hasta finales de 2018) y las instrucciones para los afectados reclamantes: <https://web.archive.org/web/201611001084156/http://www.otherossettlement.com/>. Más tarde, la web publicó la resolución definitiva del asunto: <https://web.archive.org/web/20190227163213/http://www.otherossettlement.com/>

los afectados una compensación de 65 dólares –equivalente aproximadamente a un 15% del valor de la máquina al momento de la compra– por las pérdidas de funcionalidad que actualización ocasionaba.

Mutatis mutandis, a nuestros ojos de 2024, y con el moderno texto de las Directivas 2019/770 y 2019/771, hoy por hoy hubiera sido posible calificar esto como una falta de conformidad subjetiva tal y como se describe en sus artículos 7 y 6 respectivamente, ambos idénticos. En particular, en su apartado a): «Para estar en conformidad con el contrato, los contenidos o servicios digitales, en particular, cuando sea de aplicación: a) serán acordes a la descripción, la cantidad y la calidad, y poseerán la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características, según disponga el contrato». El remedio alcanzado en 2018 en aquel caso, es perfectamente compatible con lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Directiva 2019/771: «En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad o que se le aplique una reducción proporcionada del precio o que se resuelva el contrato de conformidad con las condiciones establecidas en el presente artículo.»

De forma similar al caso anterior, en 2015, la misma compañía, con su sistema PlayStation Vita, eliminó las aplicaciones de YouTube y Google Maps⁷³, impidiendo a los usuarios acceder a las mismas a partir de la actualización de *firmware* 3.50, perdiendo de forma artificial funcionalidades que entraban dentro de las capacidades de la máquina con absoluta normalidad.

IV.2 APPLE E IOS 8

Otro ejemplo claro es el de Apple con la publicación de su sistema operativo iOS 8 para sus *smartphones* iPhone. En septiembre de 2014 se publicó dicha versión, enfatizando en las nuevas características que se ponían a disposición de los poseedores de teléfonos compatibles –desde iPhone 4s hasta iPhone 6s–. El problema se manifestó con los terminales más antiguos, cuyo rendimiento se vio gravemente afectado en tareas cotidianas. En efecto, dicha disminución afectó de manera notable en el rendimiento y fluidez del sistema en general, uno de los elementos distintivos de los dispo-

⁷³ No existen fuentes bibliográficas de calidad, por lo que solo queda acudir a fuentes periodísticas especializadas en la materia. De una fuente internacional: <https://arstechnica.com/gaming/2015/01/sony-is-now-actually-removing-features-from-playstation-vita/>. De una fuente nacional: <https://www.hobbyconsolas.com/noticias/ps-vita-dice-adios-maps-youtube-108162>.

sitivos de la referida marca⁷⁴. Entendemos que estas máximas aprendidas de la –todavía corta– experiencia digital atesorada en los últimos años han servido para poner de manifiesto que no siempre las actualizaciones revierten en un beneficio directo para el consumidor.

La página web Applesencia efectuó un estudio y publicó⁷⁵ el siguiente cuadro comparativo de rendimiento antes y después de la actualización:

Aplicación	iOS 7 (Applesencia)	iOS 8 (Applesencia)	Diferencia (%)*
Safari	1,25 segundos	2,16 segundos	+72,80
Cámara	1,5 segundos	1,8 segundos	+20
Ajustes	0,95 segundos	1,25 segundos	+31,58
Mail	0,91 segundos	1,30 segundos	+42,86
Mensajes	1,73 segundos	1,83 segundos	+5,78
Calendario	0,8 segundos	1,25 segundos	+56,25
Arranque del iPhone	36,4 segundos	39,8 segundos	+9,34

* Elaboración propia.

Las ralentizaciones son notables, oscilando entre el 5,78% y el 72,8% el incremento del tiempo necesario para el manejo de aplicaciones absolutamente comunes en cualquier teléfono y, particularmente, en el caso de los dispositivos de Apple, de los que el consumidor medio, normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, espera un rendimiento más rápido y superior al de otros competidores.

IV.3. MICROSOFT Y LOS REPRODUCTORES ZUNE

En el año 2007, la transición de la música en soporte físico hacia el modelo digital, basada en formatos de audio comprimido y abiertamente compatibles –coincidente con la moderna definición de la DCSCD en su artículo 2.10– como MP3, se encontraba en su auge. Multitud de pequeños dispositivos permitían reproducir este formato, destacando entre todos ellos, el iPod de Apple, junto con la posibilidad de obtener música en su propia tienda digital (iTunes). Por su parte, como empresa competidora, Microsoft participaba en el mismo mercado de reproductores y música digital

⁷⁴ <https://applesencia.com/2014/09/iphone-4s-ios-8-rendimiento-actualizacion>

⁷⁵ Ídem.

con Zune, un dispositivo de similar naturaleza y finalidad, y con su propia tienda de venta musical: Zune Marketplace.

El éxito del iPod en el largo plazo y la evolución técnica y de comportamiento del consumidor hacia modelos predominantemente dominados por sistemas *streaming*, condujo al fracaso de Zune⁷⁶ hasta llegar al caso que nos ocupa, en el año 2017. Obsérvese que, según la IFPI –Federación Internacional de la Industria Fonográfica por sus siglas en inglés, FIIF en español– en su informe «Global Music Report»⁷⁷ para el año 2017, los beneficios de la industria musical ya habían mostrado un constante progreso en los años anteriores. «El *streaming* sigue siendo el principal impulsor de la recuperación de ingresos y, por primera vez, se ha convertido en la principal fuente de ingresos con 176 millones de usuarios de servicios de transmisión de pago que contribuyen al crecimiento interanual del 41,1%». En el contexto del año 2018, los usuarios de estos modelos de explotación ya ascendían hasta 255 millones⁷⁸. Más datos que abonan esta línea pueden encontrarse en el referido informe –por ejemplo, la evolución de la tendencia de los consumidores hacia formas de consumo digitales y su impacto en los beneficios por tal vía: en 2013, creció 41% respecto al año anterior; en 2014, +35,5%; en 2015, +47,6%; en 2016, +65,1%; en 2017 +41,1%, y en 2018 +34%⁷⁹–. Nótese en este punto que el aumento en la facturación de la industria musical se ha mantenido constantemente al alza hasta el 2023⁸⁰ (con un crecimiento interanual del 9%, y alcanzando ya los 26.200 millones de dólares de ingresos, máximo histórico). Por tanto, y aunque desde la óptica de 2024 ya no resulta relevante para el consumidor medio, resulta muy llamativo destacar el hecho de que este mercado no se ha visto perjudicado en modo alguno por modelos de explotación que permiten la copia y reproducción de las canciones (como Qobuz, 7Digital, Highresaudio, Bandcamp, etc.) de forma libre, sin DRM y sin restricciones para el consumidor (como las que usarían tales dispositivos, hoy en desuso por el avance hacia tecnologías de *streaming*).

⁷⁶ YASSINE, y SOUWEID: «Time-to-Market and Product Performance Tradeoff Revisited», *IEEE Transactions on Engineering Management*, vol. LXX, núm. 9, 2023, pp. 3244 a 3259. <https://doi.org/10.1109/TEM.2021.3081987>. Para estos autores, el fracaso se debió a una entrada tardía en el mercado (página 3244, traducción propia): «(...) *Microsoft Zune no pudo competir con el iPod debido a su tardía introducción en el mercado tras un prolongado proceso de desarrollo*».

⁷⁷ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LA INDUSTRIA FONOGRAFICA: «Global Music Report» para el año 2017. Datos expuestos en el resumen de su página web, disponible en línea en: <http://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2018>

⁷⁸ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LA INDUSTRIA FONOGRAFICA: «Global Music Report» para el año 2023. Disponible en línea en: <https://globalmusicreport.ifpi.org/>. En particular, p. 11.

Esta lectura es extrapolable a otros productos protegidos por la propiedad intelectual y que se ejecutan en entornos digitales (igual que la música, el mismo camino han seguidos los videojuegos⁸¹ – que ya alcanza los 184.000 millones de dólares anuales de facturación, siendo, con diferencia, la que más volumen genera en el entorno digital– o la industria audiovisual, entre otras).

Encontrándose el producto fuera de producción, la música legalmente adquirida por los antiguos consumidores a través de la tienda oficial de Microsoft Zune debía seguir funcionando con normalidad, pues, de acuerdo con cuestiones elementales de compatibilidad e interoperabilidad –tal y como se recoge en la actualidad en el artículo 2.12⁸² DSCSD–, no debieran existir impedimentos técnicos ni legales. Sin embargo, en 2017, Microsoft informó⁸³ de que estas canciones dejarían de funcionar (traducción propia): «¿Compraste canciones de Zune Marketplace antes de 2012? A menos que actúes, ciertas canciones, específicamente, las descargas codificadas con WMA DRM, dejarán de reproducirse después del 12 de marzo de 2017». El problema no es solo que devengan inutilizables sin causa o desgaste que lo justifique. Es que, incluso, había canciones que habían sido adquiridas y ya no podían recuperarse (traducción propia): «Nota: esto funciona solo para canciones que aún forman parte del catálogo de Groove Music. Algunas canciones se han eliminado a petición de sus titulares de derechos de autor». En contenidos digitales y en materia de *firmwares*, la producción de estos fenómenos supone un ejercicio de obsolescencia provocada⁸⁴ a un bien que no ha devenido desgastado ni inútil⁸⁵, simplemente abandonado. Parece complicado cohonestar esta realidad con un verdadero ejercicio de defensa de los intereses económicos de consumidores y usuarios, derecho esencial del artículo

⁸¹ NEWZOO INTERNATIONAL B. V: Global Games Market Report 2023. Versión gratuita disponible mediante registro en: <https://newzoo.com/resources/trend-reports/newzoo-global-games-market-report-2023-free-version>

⁸² Artículo 2.12: ««interoperabilidad»: la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo».

⁸³ <https://support.microsoft.com/en-us/help/976590/support-for-rights-managed-purchases-in-zune>. Más allá de su cita como caso de referencia, lo cierto es que ejemplifica algunos problemas con un insuficiente tratamiento: dependencia de proveedores tecnológicos, abandono de sistemas de verificación de DRM que impiden la normal utilización del bien digital, circunvención del agotamiento de derecho (véase la STJUE del asunto C/128-11 *Usedsoft vs. Oracle*), detracción de facultades de uso y disfrute de los consumidores con afectación a sus legítimos intereses económicos, borrado de contenido adquirido, ausencia de interoperabilidad, implementación de soluciones tecnológicas no neutrales, etc.

⁸⁴ En efecto, mientras que la obsolescencia programada tiene por objetivo diseñar un producto con una vida limitada, la obsolescencia provocada supone la inyección de los efectos de la obsolescencia cuando aún el producto tiene vida y funcionalidad plena, a través de medios externos, como las actualizaciones.

⁸⁵ HELLMAN MORENO: ob. cit., p. 2.

8.b) LGDCU, e irrenunciable según el artículo 10 de la misma norma. Constituye un difícilmente justificable menoscabo, causado de forma sobrevenida en un bien con elementos digitales, imponiendo una barrera artificial que se produce únicamente en el entorno digital y que no podría ocurrir en condiciones normales.

IV.4 AUTORIDAD GARANTE DE LA COMPETENCIA Y DEL MERCADO DE ITALIA: MULTA A SAMSUNG Y APPLE POR ACTUALIZACIONES DE SISTEMAS OPERATIVOS EN SUS TELÉFONOS MÓVILES

En octubre de 2018⁸⁶, la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado de Italia (AGCM) multó a Samsung con 5 millones de euros y a Apple con 10 millones (una y dos sanciones respectivamente, de idéntica cuantía individual), por haber compelido a los consumidores a realizar actualizaciones de sus teléfonos móviles que causaron «fallos de funcionamiento graves» y que «redujeron significativamente el rendimiento». En particular, la AGCM encuentra que ambas empresas

«han inducido a los consumidores –al proponerles insistentemente que procedan a la descarga y también debido a la importante asimetría informativa de los consumidores respecto de los productores– a instalar actualizaciones de software que no son adecuadamente soportadas por sus dispositivos, sin informarles adecuadamente, ni proporcionarles una forma eficaz de recuperar la plena funcionalidad de sus dispositivos».

Nótese que la práctica es muy similar en ambas compañías, con escasas –y, en esencia, irrelevantes– diferencias de fondo.

En concreto Samsung, desde mayo de 2016, sugirió insistentemente (también Apple, y es uno de los elementos más reprobables de esta conducta) a los consumidores que habían adquirido el Note 4 (comercializado desde septiembre de 2014), que instalaran el nuevo *firmware*, que se basaba en la entonces nueva versión de Android «Marshmallow», concebido para el nuevo dispositivo Note 7. En este tipo de «notificaciones» o *pop-ups* sugiriendo la actualización, no se informaba en ningún momento de que los *firmwares* más altos suelen estar diseñados para equipos con mejores prestaciones. En otras palabras: subir a una nueva versión típicamente trae consigo nuevas funcionalidades, pero también mayor exigencia para el hardware. En palabras de la AGCM italiana: «sin informarles de los graves fallos de funcionamiento que el nuevo

⁸⁶ <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/10/PS11009-PS11039>

firmware podría provocar debido a un mayor estrés del *hardware* del dispositivo y solicitando un elevado coste de reparación por las reparaciones fuera de garantía relacionadas con dichos fallos». Y este es el otro quid del asunto. De un lado el derecho a la información se ve conculcado al no mencionarse al consumidor las posibles consecuencias negativas que la actualización puede generar en el dispositivo. Del otro, se vulnera su derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos, porque ni podrá volver atrás, ni podrá «reparar» las faltas de conformidad aparecidas a raíz de la actualización.

El hecho sobre el que trata de arrojar luz en este punto es precisamente uno de los motivos advertidos por el referido organismo: los fabricantes niegan deliberadamente a los consumidores la posibilidad de «restaurar la funcionalidad original» de los productos –además de la falta de información adecuada a los consumidores en este sentido–. A tal fenómeno –bajar a una versión inferior de una aplicación informática– se le denomina «*downgrade*», y consiste en volver a versiones anteriores del sistema o aplicación, habitualmente por resultar más útiles para la funcionalidad o finalidad que el consumidor pretende obtener–o, de hecho, obtenía– de su aparato. Esta conclusión lógica es muy similar a la alcanzada por De Franceschi: «dichas actualizaciones modificaban las funcionalidades del teléfono, reduciendo sensiblemente las prestaciones e impidiendo que los consumidores asumieran una decisión consciente sobre si instalar o no nuevas actualizaciones en su dispositivo. Además, se comprobó que Samsung decidió deliberadamente no prestar asistencia para los productos que ya no estaban en garantía, lo que exigía elevados costes de reparación y no permitía la actualización a la versión de *firmware* anterior, acelerando así intencionadamente la sustitución de los productos»⁸⁷. Por su parte, Maggiolino considera que la aproximación efectuada por la AGCM se adentra en el derecho de la competencia, perspectiva que juzga útil y pertinente –cabe recordar que este planteamiento es el tradicional de la materia⁸⁸–, pero quizás insuficiente⁸⁹; y es cierto que existe espacio para mayor desarrollo desde la óptica de derecho de los consumidores⁹⁰.

⁸⁷ DE FRANCESCHI: «Planned obsolescence challenging the effectiveness of consumer law and the achievement of a sustainable economy: The Apple and Samsung cases», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. VII, núm. 6, 2018, pp. 217 a 221. La cita pertenece a la página 218.

⁸⁸ SOTO PINEDA: ob. cit. pp. 235 a 267 –a lo largo de las páginas, el autor desarrolla el espíritu del citado trabajo en torno a esta idea–.

⁸⁹ MAGGIOLINO, MARIATERESA: ob. cit. p. 406.

⁹⁰ ISLER SOTO, ERIKA MARLENE: ob. cit. p. 44.

En última instancia, la AGCM considera que es obligación del fabricante respetar el derecho de la información de los consumidores (que incardina en el artículo 22 del *Codice* del Consumo italiano⁹¹), en el sentido de que debería informar «adecuadamente a los consumidores sobre algunas características esenciales de las baterías de litio, como su duración media y factores de deterioro, ni sobre los procedimientos correctos para mantener, verificar y sustituir las baterías con el fin de preservar la plena funcionalidad de los dispositivos». De cara a futuros desarrollos, parece claro que la protección frente a la obsolescencia programada o provocada, tiene dos vertientes que enraízan en dos principios distintos: de un lado, el derecho a la información propio del derecho de consumo; y del otro, una mejora en cuanto a diseño para facilitar las reparaciones (empezando con el Reglamento (UE) 2023/1542), que redundan en la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores, y también en clave de sostenibilidad, reducción de residuos electrónicos y derecho al medioambiente.

IV.5. *DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES* (FRANCIA): MULTA A APPLE POR IOS 10.2.1 Y 11.2

En 2020, la *Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes* (DGCCRF) de Francia alcanzó un acuerdo⁹² (25 millones de euros de multa) en el expediente sancionador abierto a Apple en enero de 2018 por causar ralentizaciones en los teléfonos móviles iPhone 6, SE y 7 con la actualización iOS (10.2.1 y 11.2), lanzada en 2017. De acuerdo con las afirmaciones del citado organismo:

El caso fue remitido a la DGCCRF el 5 de enero de 2018 por la Fiscalía de París para investigar la denuncia de una asociación contra Apple. La DGCCRF constató que los propietarios de iPhone no habían sido informados de que las actualizaciones del siste-

⁹¹ De todos los apartados que contiene el artículo 22, posiblemente la conducta descrita deba clasificarse bajo las premisas del apartado 1.º (traducción obtenida de DeepL): «Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado, omita información sustancial que el consumidor medio necesita en ese contexto para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y, por consiguiente, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.»

⁹² https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/com-muniquel/2020/CP-Ralentiement-fonctionnement-iPhone200207.pdf

ma operativo iOS (10.2.1 y 11.2) que estaban instalando podían ralentizar el funcionamiento de su dispositivo. Estas actualizaciones, lanzadas durante 2017, incluían una función de gestión dinámica de la energía que, en determinadas condiciones y en particular cuando las baterías eran antiguas, podía ralentizar el funcionamiento de los modelos iPhone 6, SE y 7. Al no poder volver a la versión anterior del sistema operativo, muchos consumidores se habrían visto obligados a cambiar las baterías o incluso a comprar un teléfono nuevo.

En 2019, la Dirección Nacional de Investigación de la DGCCRF remitió las conclusiones de sus investigaciones a la Fiscalía de París, al considerar que esta falta de información a los consumidores constituía una práctica comercial engañosa por omisión. Con el acuerdo del fiscal, se ofreció a Apple, que aceptó, una resolución que incluía el pago de 25 millones de euros y la publicación de un comunicado de prensa en su sitio web durante un mes.

Obsérvese que la obsolescencia programada llegó a ser considerada delito penado con hasta dos años de prisión y multas de 300.000 euros, incrementables al 5% del volumen de negocio promedio anual de los tres últimos ejercicios económicos, tras la aprobación de la *Loi n° 2015-992, du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte*⁹³, de acuerdo con su antiguo artículo 99. Dicho precepto modificó el *Code de la Consommation*, en el sentido de añadir al Capítulo III del Título I del Libro II una nueva sección 2 bis, cuyo contenido más interesante a efectos de esta exposición es la definición legal que recogía: «La obsolescencia programada se define por todas las técnicas mediante las cuales un comercializador tiene como objetivo reducir deliberadamente la vida útil de un producto para aumentar la tasa de reemplazo»⁹⁴. Sin embargo, esta norma fue derogada en 2016 por la *Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation*, como parte de una reestructuración legislativa amplia. La obsolescencia programada quedó finalmente recogida en el Libro IV («Conformidad y seguridad de productos y servicios) como una «práctica fraudulenta» (Título IV, «Fraudes», capítulo único: «Engaños») y

⁹³ *Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française* núm. 0189 de 18 agosto 2015, p. 14263, texto núm. 1.

⁹⁴ Extracto original del artículo en francés: «L'obsolescence programmée se définit par l'ensemble des techniques par lesquelles un metteur sur le marché vise à réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement».

definida en el artículo L213-4-1 del Código de Consumo francés del modo siguiente:

«Está prohibida la práctica de la obsolescencia programada, que se define por el uso de técnicas mediante las cuales la persona responsable de comercializar un producto pretende reducir deliberadamente su vida útil para aumentar la tasa de reemplazo.»⁹⁵

Este es el quid de la cuestión que estamos apuntando en estas páginas. Estas actualizaciones, que causan como efecto una merma de funcionalidades, son irreversibles por mor de licencias o de otro tipo de condiciones generales de la contratación, de forma absolutamente artificial, en perjuicio de los consumidores. En efecto, no solo ven mermado el valor y la utilidad de su bien, sino que además, por la vía de la fuerza tanto tecnológica como contractual, se les impide ejercitar un retorno al sistema operativo anterior; o, si se prefiere, un derecho de desistimiento, de tal forma que pudieran recuperar con ello la funcionalidad original del aparato.

V. LA OBSOLESCENCIA PROVOCADA O FORZADA. BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES QUE DEVIENEN NO CONFORMES POR RAZÓN DE UNA ACTUALIZACIÓN INSTADA POR EL FABRICANTE DEL BIEN

V.1 SUPUESTO DE HECHO BÁSICO: QUÉ SE ENTIENDE POR OBSOLESCENCIA PROVOCADA O FORZADA Y CUÁNDO NOS ENCONTRAMOS ANTE ELLA

Mientras que la obsolescencia programada tradicional está concebida para limitar la extensión de la vida útil de un producto, el fenómeno al que aquí hacemos referencia es distinto. Podríamos definir la obsolescencia provocada o forzada como la falta de conformidad de un bien, sobrevinida ante una actuación directa del fabricante y promovida a su propia instancia: la instalación de una actualización que genera un menoscabo en la utilidad o el rendimiento de un bien con elementos digitales [entendiendo como tales los que define⁹⁶ el artículo 2.5.b) de la DCCVB 2019/771 y artícu-

⁹⁵ Extracto original del artículo en francés: «Est interdite la pratique de l'obsolescence programmée qui se définit par le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement».

⁹⁶ «Todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios

lo 59 bis 1.a) de nuestra vigente LGDCU] que, antes de la actualización, sí era conforme a contrato y presentaba su rendimiento y prestaciones con normalidad. En palabras llanas: el efecto nocivo que una actualización causa en un bien con elementos digitales, perjudicando sus cualidades o rendimiento. Por ejemplo, ante dos ejemplares de un bien (un teléfono móvil, una televisión inteligente, una tablet), ambos de idéntica serie, gama y modelo, el que sí se actualiza presenta peor rendimiento que el no actualizado.

A la vista de los casos expuestos en el epígrafe anterior, la definición propuesta sería aplicable a todos ellos y, a futuro, su regulación permitiría evitar que volvieran a reproducirse actuaciones similares. Una vez sentado lo anterior, cabría preguntarse qué medidas pueden instarse para evitar tales situaciones.

V.2 POSIBLES REMEDIOS A TRAVÉS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO: «DERECHO AL REGRESO A LA VERSIÓN ANTERIOR» («RIGHT TO DOWNGRADE») Y LA FALTA DE CONFORMIDAD SOBREVENIDA

Como ya se infiere de la lectura y se ha ido sugiriendo en distintos puntos, la solución pasa por la adecuada ejecución de derechos que ya forman parte de nuestro acervo jurídico, incluso a nivel comunitario en la Unión Europea.

Con anterioridad, hemos planteado la posibilidad de que los consumidores puedan ostentar un derecho al «*downgrade*» o, si se prefiere, el «derecho al regreso a la versión anterior». En esencia, este derecho consiste en la posibilidad de que un consumidor, una vez practicada la actualización, pueda desistir de la misma si esta le causa una pérdida de rendimiento en su dispositivo. Esta medida es muy próxima a un concepto bien conocido, como es el derecho de desistimiento. Mediante su ejercicio en este contexto, se operan notables beneficios en pos del interés general. Al evitar la obsolescencia provocada, el consumidor puede continuar operando con su dispositivo con total normalidad, evitando la sustitución temprana de un aparato que funcionaba correctamente. Esto redundaría en una mejor protección de sus legítimos intereses económicos (consagrados en los artículos 51.1 CE y 8.1.b LGDCU: «La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos»), y en una mayor protección del

digitales impediría que los bienes realizaran sus funciones (en lo sucesivo, «bienes con elementos digitales»).

medioambiente (artículo 45 CE) al evitar el abandono de un dispositivo que sí era realmente funcional y satisfacía las necesidades del consumidor hasta que instaló la actualización.

En concreto, el principal soporte legal que podemos encontrar para el ejercicio de este «derecho al regreso a la versión anterior» se halla en el artículo 19 de la DCSCD 2019/770. Así, en su apartado 2.º, dispone:

«El consumidor tendrá derecho a resolver el contrato si la modificación afecta negativamente a su acceso a los contenidos o servicios digitales o a su uso, salvo si dicho efecto negativo es mínimo. En tal caso, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato sin cargo alguno en un plazo de treinta días a partir de la recepción de la información o a partir del momento en que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales, si esto ocurriera de forma posterior.»

Por ende, existe una norma que habilita la existencia de este «derecho al regreso a la versión anterior» o «*right to downgrade*» para protegerse frente a la obsolescencia provocada. Simultáneamente, la regulación del artículo 19 DCSCD no deja indefenso al productor o fabricante. Así, prevé en su apartado 4.º que este derecho no pueda ejercitarse «si el empresario ha dado al consumidor la posibilidad de mantener, sin costes adicionales, los contenidos o servicios digitales sin la modificación, y los contenidos o servicios digitales siguen siendo conformes». En consecuencia, queda plasmado que el empresario dispone de alternativas en cuanto a su planteamiento de las actualizaciones, y que no existe razón para dejar indefenso al consumidor, al igual que la norma tampoco deja indefenso al empresario, que puede protegerse aplicando esta excepción prevista en el artículo 19.4 DCSCD. En cualquier caso, si la actualización *afecta negativamente* a la conformidad del producto, el apartado 3.º reconoce la situación de «falta de conformidad», y a tal fin reenvía al régimen de puesta en conformidad de los artículos 15 a 18 de la propia Directiva.

Para poder considerar que todo lo anterior permite justificar un adecuado desarrollo, configuración y aplicación del «derecho al regreso a la versión anterior» o «*right to downgrade*», podemos apoyarnos en los preceptos señalados, pero es cierto que va más allá, supone un paso más. Es una forma concreta de reacción frente a la actualización, que aunque no aparezca descrita con precisión en el articulado de la DCSCD, parece compatible con su dicción y espíritu. En el fondo, es una forma pura de *restitutio in natura*, que se presenta como una opción enormemente virtuosa: deshace por

completo el mal causado por la actualización, y todo vuelve a su situación original.

El mayor problema interpretativo que esta tesis podría encontrar, es que su desarrollo se encuentra en sede de la Directiva 2019/770, de suministro de contenidos y servicios digitales; mientras que el «bien con elementos digitales» (dispositivo que sufre la obsolescencia provocada) debiera regularse por la Directiva 2019/771, de contratos de compraventa de bienes, donde no se ha recogido este planteamiento expresamente. Habida cuenta la historia y tramitación conjunta⁹⁷ de estas dos Directivas –podríamos decir, «hermanas»–, considero que existe espacio para una interpretación analógica *mutatis mutandis*, pues ambas beben del mismo espíritu, y la problemática es la misma, por lo que existe sobrada «identidad de razón», y no parece incompatible con las exigencias del artículo 3.3. A mayores, ambas Directivas se efectúan constantes y abundantes reenvíos recíprocos. En lo que aquí interesa, la Directiva 2019/770 realiza referencias expresas a la Directiva 2019/771 en sus Considerandos 20, 21 y 22. En el sentido contrario, la DCCVB invoca literalmente a la DCSCD en sus Considerandos 13, 16, 71 y artículo 25. La piedra de toque que abre la vía a una interpretación integral de ambas normas es el Considerando 20 DCSCD, con un tenor meridiano: «La presente Directiva y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo deben complementarse mutuamente». Lo mismo dice exactamente el Considerando 13 de la DCCVB, sobre su otro par: «La presente Directiva y la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo deben complementarse mutuamente». Evidentemente, si tienen que «*complementarse mutuamente*», el legislador comunitario está previendo la existencia de un vaso comunicante entre ellas. Todo ello contribuye a abonar la tesis analógica aquí sostenida, que responde al interés último de ambas normas: la protección al consumidor⁹⁸.

⁹⁷ HIDALGO CEREZO: «Derecho digital en la Unión Europea: Techlaw y Mercado Único Digital en la década 2010-2020». Comares, Granada, 2020, pp. 165 a 174.

⁹⁸ *Ibidem*, páginas 174 y 175. A mayores, véase el artículo 1 de ambos cuerpos legales, así como los Considerandos 2.º, 3.º, 5.º, 6.º de la DCCVB, entre otros. De su Considerando 9.º: «La necesidad de mantener normas coherentes sobre compraventa y garantías para todos los canales de venta se confirmó en el control de adecuación de la legislación en materia de protección de los consumidores y comercialización publicado por la Comisión el 29 de mayo de 2017, que también incluía a la Directiva 1999/44/CE». Por su parte, en la DCSCD, Considerandos 8.º, 11.º – «Los consumidores gozarían de un alto nivel de protección y de un mayor bienestar gracias a la plena armonización de las principales normas» –, 16.º, 45.º, 65.º, 70.º y 72.º –protección efectiva para el ejercicio de la resolución contractual–, 79.º, 87.º –que invoca precisamente el artículo 38 CDFUE–; y los artículos 4, 9, 11.2, 12 a 16 o 19.

Nuestro legislador ha seguido una línea muy conservadora a la hora de trasponer⁹⁹ a la norma nacional (LGDCU) los contenidos de estas dos Directivas, pues se ha limitado a reproducir su texto en gran medida, cuestión que, lejos de merecer crítica alguna, quizás pueda valorarse positivamente, en pos de cierta seguridad jurídica y de no generar más bosque legislativo. Donde sí merece alabanza clara ha sido en la trasposición de los plazos para manifestar faltas de conformidad, de tal manera que nuestro actual artículo 120 LGDCU aumenta a tres años el plazo de garantía, por encima de los dos previstos en el artículo 10 DCCVB, como también observa Agüero Ortiz¹⁰⁰. Pero, en lo tocante a la obsolescencia forzada o el «derecho al regreso a la versión anterior», los argumentos son los mismos, pues nuestros actuales artículos 126 y 126 bis presentan una gran similitud a los textos comunitarios¹⁰¹, y reconducen a equivalentes remedios —en nuestro caso, 115 bis d); y 115 ter¹⁰²—. Al recoger ambas Directivas dentro de una única ley de consumo, se logra, además, un componente de armonización que también resulta positivo. Así las cosas, la reunión de ambos textos dentro de una misma norma (LGDCU), unido al hecho de que reproducen con gran fidelidad los textos comunitarios originales, otorga una apariencia sólida y monolítica.

Sin embargo, a la hora de aplicar nuestra LGDCU en España (o cualquier solución nacional alcanzada en otros Estados como fruto de la trasposición), los operadores jurídicos debemos acudir a la fuente original de la que beben estos artículos a fin de evitar distorsiones. Una visión basada únicamente en la LGDCU podría resultar conveniente, pero también insuficiente, pues esta norma es el destino natural de ambas Directivas en España, y esto brinda una perspectiva ya armonizada, que evita los problemas puntualizados con anterioridad. Creo que este resultado es claramente positivo y

⁹⁹ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. Publicado en el *BOE* núm. 101, de 28 de abril de 2021.

¹⁰⁰ AGÜERO ORTIZ: «Nuevo régimen de garantías de los bienes consumo y otras novedades introducidas por el RDLey 7/2021 en el TRLGDCU», *Actualidad Civil*, núm. 11, 2021. La Ley 12387/2021.

¹⁰¹ LETE ACHIRICA: «Artículo 126. Modificación de los contenidos o servicios digitales»; y también «Artículo 126 bis. Resolución del contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales» en CAÑIZARES LASO (Dir.) y ZUMAQUERO GIL (Coord.): «Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios», tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1825.

¹⁰² TUR FAÚNDEZ: «El régimen de la falta de conformidad tras la reforma de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril», *La Ley Mercantil*, núm. 83, 2021. La Ley 9716/2021.

que es una solución acorde al espíritu de las Directivas¹⁰³. Pero esta solución jurídica no tiene por qué ser la misma adoptada en otros países, donde van a presentarse idénticos casos de «obsolescencia provocada», habida cuenta que los mercados de dispositivos con elementos digitales son de alcance plurinacional dentro de las fronteras de la Unión Europea.

Así, podríamos encontrarnos con soluciones diferentes para un mismo problema, que terminarían por conducir a una cuestión prejudicial ante el TJUE, al objeto de armonizar la respuesta del ordenamiento comunitario. De ahí, la necesidad de efectuar una interpretación teleológica que pasa, necesariamente, por el texto de las Directivas, que requiere el ejercicio de interpretación conjunta explicado anteriormente. El objetivo final de todo ello, es evitar la indeseable fragmentación de soluciones y distintos tratamientos para un mismo problema dentro del Mercado Único Digital. En definitiva, el objetivo de todo ello debe redundar en una mayor durabilidad de los bienes, indispensable para lograr patrones de consumo más sostenibles y promover la sostenibilidad (Considerando 32.º DCCVB)¹⁰⁴. Todo ello sin perjuicio de que los dispositivos deban tener disponibilidad de piezas para la reparación física de sus componentes, elemento también necesario en términos de durabilidad y sostenibilidad, pero diferente al aquí tratado, más vinculado a la naturaleza puramente digital de las actualizaciones¹⁰⁵.

V.3 UNA CONTRAPARTIDA ESENCIAL: EL PAPEL DE LAS ACTUALIZACIONES COMO ELEMENTO CLAVE DE CIBERSEGURIDAD

A pesar de las bondades que presenta el sistema de desistimiento o *restitutio in natura* propuesto, el regreso a versiones anteriores de *firmwares* o sistemas operativos, que se presenta como un remedio adecuado en términos de obsolescencia provocada, conlleva

¹⁰³ REYES LÓPEZ: «Manual de derecho privado de consumo», 3.ª ed., La Ley, Las Rozas, 2022. Versión digital consultada La Ley 7409/2022.

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ AVILÉS GARCÍA: «El nuevo derecho a la reparación de bienes de consumo (...)», ob. cit.: «Para armonizarse deberían aprovecharse igualmente todos los plazos ahora recogidos en los distintos Reglamentos comunitarios, para lo que habría que acometer una distinción entre los distintos tipos de bienes o productos (tipificación), de conformidad con las indicaciones de la legislación de la UE, al objeto de justificar la existencia de plazos distintos (7, 8 y 10 años), con especial referencia a las piezas de repuesto electrónicas y eléctricas, así como del acceso a todas aquellas actualizaciones del software y firmware que sean precisas para la puesta al día y mantenimiento de los bienes con elementos digitales».

una contrapartida notable en términos de ciberseguridad. El software de bajo nivel es el que tiene mayor potencial para causar faltas de conformidad notables que afecten a la funcionalidad del bien, pues son el sustrato sobre el que se apoya el funcionamiento básico del dispositivo. Nos estamos refiriendo a los drivers o controladores de hardware (procesadores, almacenamiento, conexiones de red alámbrica e inalámbrica, tarjetas gráficas o procesadores de gráficos, etc.), *firmwares* y sistemas operativos

En el caso OtherOS de PlayStation 3 de 2010 antes expuesto, el argumento de la compañía se basó en genéricas afirmaciones de que la actualización otorgaría mayor seguridad, sin que quepa afirmar que los consumidores podían llegar a obtener un conocimiento cierto de los pros, contras o frente a qué riesgos protegía tal actualización: «La actualización 3.21 de firmware y la eliminación de la posibilidad de instalar otro sistema operativo asegurará que los poseedores de PS3 puedan continuar accediendo a la gran gama de entretenimiento y juegos que ofrece SCE y sus socios, gracias a tener un sistema mucho más seguro».

La cuestión no es en absoluto sencilla, pues ciertas actualizaciones responden a medidas inaplazables de seguridad del dispositivo, que, de no ser atendidas, desprotegen al mismo y, en última instancia, al consumidor. Por ejemplo, piénsese en un fallo crítico como en los casos de *Spectre* y *Meltdown*¹⁰⁶, sucedidos en procesadores de Intel, AMD y ARM en el año 2018. Se trata de dos vulnerabilidades de tipología *day zero*¹⁰⁷, es decir, que se encontraban en el propio diseño del producto y no tenían solución como tal, sin comprometer otros aspectos del mismo. Como explican Abu-Ghazaleh, Ponomarev y Evtvushkin¹⁰⁸ *Meltdown* permitía saltarse la jerarquía de permisos a las aplicaciones, es decir: procesos con privilegios bajos podían escalar y acceder a la memoria del *kernel* del sistema operativo –núcleo esencial del mismo, puesto que controla la memoria, los dispositivos periféricos y los procesos que se ejecutan en el procesador, y otorga acceso a los componentes de *hardware* que conforman el dispositivo–, lo que le permitía espiar

¹⁰⁶ <https://hipertextual.com/2018/01/microsoft-rendimiento-spectre-meltdown>, o también, en procesadores de móviles: <https://www.macworld.es/noticias/iphone/spectre-describiendo-el-rendimiento-de-los-iphone-6-un-40-424365/>. Posteriormente se lanzaron nuevos parches que seguían reduciendo el rendimiento de los procesadores, pero de manera mucho menos notable: <https://www.adslzone.net/2018/02/12/meltdown-spectre-intel-rendimiento-no-afectan/>.

¹⁰⁷ BILGE y TUDOR: «Before we knew it: an empirical study of zero-day attacks in the real world», *Proceedings of the 2012 ACM conference on Computer and communications security*, 2012, pp. 833 a 844.

¹⁰⁸ ABU-GHAZALEH, PONOMAREV y EVTIVUSHKIN: «How the Spectre and Meltdown hacks really worked», *IEEE Spectrum* (Institute of Electrical and Electronics Engineers), vol. LVI, núm.3, 2019, pp. 42 a 49. <https://doi.org/10.1109/MSPEC.2019.8651934>

lo que se estaba ejecutando en ese procesador, incluyendo aplicaciones y datos en la memoria. Por otro lado, *Spectre* era muy similar en este último término, ya que permitía acceder a la memoria de otras aplicaciones para robar esos datos.

La compañía más afectada fue Intel, pues, el parche necesario para solventar el fallo de seguridad, implicaba una pérdida de velocidad y de rendimiento para sus procesadores¹⁰⁹ –en realidad, las cifras variaban según fabricante, arquitectura y sistema operativo–, incluso muy modernos, lo que generaba automáticamente una falta de conformidad –en este caso, de tipo subjetivo (artículo 115 bis LGDCU), es decir, inadecuación de las características del producto al contrato o a la publicidad–. De acuerdo con los remedios frente a la falta de conformidad previstos en la DCSCD –artículo 14.1 y 14.4.d– y nuestra LGDCU (artículos 117, 119 y 119 bis –importante en términos de proporcionalidad, pues el procesador seguirá siendo apto para la mayoría de los consumidores, simplemente rendirá como uno de gama inferior–), la reducción proporcional del precio sería la solución adecuada, ante la perspectiva de que las actualizaciones de seguridad son en este caso irrenunciables para el consumidor, pero que le obligan a padecer un menoscabo en el rendimiento de su producto.

Lo más cercano a una solución de compromiso, es la configuración del apartado 7.º de la ya citada Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020, «Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores» (2020/2021(INI)). Teniendo en cuenta que es del año 2020, apenas un año después de la promulgación de la DCCVB, en dicho apartado ya se conmina a la revisión de la misma en 2024 (es decir, este año), en los términos que aquí se están tratando, y como también apunta BARBER CÁRCAMO¹¹⁰. Por consiguiente, no cabe afirmar que el legislador comunitario desconozca la existencia del problema. Para solventarlo, realiza la siguiente propuesta:

«(...) los productos con elementos digitales requieren especial atención y que en la revisión de la Directiva (UE) 2019/771 que se

¹⁰⁹ Löw: «Overview of meltdown and spectre patches and their impacts», *WAMOS 2018 Fourth Wiesbaden Workshop on Advanced Microkernel Operating Systems*, Rhein-Main University of Applied Sciences, 2018, pp. 53 a 61. Disponible en: <https://search.iczhiku.com/paper/H5gRuDHjYvmeCGEQ.pdf#page=55>.

¹¹⁰ BARBER CÁRCAMO: «Garantías en las ventas de consumo y economía circular ¿El inicio de un nuevo paradigma?», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 2, 2022, pp. 141 a 186. En particular, páginas 159 y 173. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/748>

llevará a cabo de aquí a 2024 deberán tenerse en cuenta los siguientes elementos:

- a) las actualizaciones correctoras –es decir, las actualizaciones de seguridad y de conformidad– deberán mantenerse durante toda la vida útil estimada del dispositivo, según la categoría de productos;
- b) las actualizaciones correctoras deberán mantenerse separadas de las actualizaciones evolutivas, que habrán de ser reversibles, y ninguna actualización deberá reducir nunca el rendimiento o la capacidad de respuesta del producto;
- c) el vendedor deberá informar a los consumidores, en el momento de la adquisición, del período de tiempo durante el cual cabe esperar que se faciliten actualizaciones de los programas informáticos suministrados al comprar el producto, de manera que sea compatible con la innovación y la posible evolución futura del mercado, así como de sus características específicas e impacto en el rendimiento del dispositivo, a fin de garantizar que los productos conserven su conformidad y seguridad.

Aunque jurídicamente resulta muy clara e interesante, desde un punto de vista de arquitectura de software, la propuesta puede resultar muy compleja de llevar a cabo. Es cierto que existen modelos de actualización modulares¹¹¹, pero introducen no solo dificultades de ejecución¹¹², sino nuevos riesgos en sí mismos¹¹³, además de que ciertos parches frente a vulnerabilidades exigen la actualización tanto en el servidor como en el cliente. En cualquier caso, un adecuado trámite de información precontractual –artículo 60 LGDCU–, junto a la posibilidad de volver a la versión anterior, también satisfaría esta necesidad, redundando en un empoderamiento del consumidor para disponer de su dispositivo de acuerdo con sus gustos y preferencias. De esta manera, con todos los elementos en consideración, el consumidor debe tener la autonomía para decidir libremente si actualizar o no, así como para volver a la versión anterior si la nueva actualización le ha causado un menoscabo a su dispositivo.

¹¹¹ BAUWENS *et al.*: «Over-the-Air Software Updates in the Internet of Things: An Overview of Key Principles.» *IEEE Communications Magazine*, vol. LVIII, núm. 2, 2020, pp. 35 a 41. <https://doi.org/10.1109/MCOM.001.1900125>.

¹¹² HOSEK y CADAR: «Safe software updates via multi-version execution», 35th International Conference on Software Engineering (ICSE), 2013, pp. 612 a 621. <https://doi.org/10.1109/ICSE.2013.6606607>.

¹¹³ TAYLOR y MARTINOVIC: «To Update or Not to Update: Insights From a Two-Year Study of Android App Evolution», Proceedings of the 2017 ACM on Asia Conference on Computer and Communications Security, Association for Computing Machinery (New York), 2017. <https://doi.org/10.1145/3052973.3052990>.

VI. CONCLUSIONES

Si bien la obsolescencia programada es un tema que ya ha sido tratado en la doctrina, se trata de una materia sobre la que no existe una regulación unificada, ni que aborde el fenómeno de forma integral. Su impacto negativo puede observarse desde la óptica del derecho de los consumidores, del derecho de la competencia, y del derecho al medioambiente, como causante de residuos difícil gestión y procesamiento. Las actuales y futuras reformas que cabe esperar a lo largo de la presente década, posiblemente se encuentren presididas por el ánimo de dirigirnos hacia una economía más sostenible y a un mayor empoderamiento del consumidor, lo que, implantado de forma proporcionada y adecuada, podría reputarse como un progreso en pos del interés general, la solidaridad intergeneracional, y la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores.

Sin embargo, el fenómeno al que aquí nos hemos referido es una nueva manifestación de aquella primigenia «obsolescencia programada», más sofisticada. Así, la «obsolescencia provocada» –o, incluso, «obsolescencia forzada»– se distingue de aquella en que aquí el producto no pierde capacidades, propiedades, ni muestra signos de agotamiento, desgaste o fatiga por el uso en sí mismo; sino que se produce una pérdida súbita de rendimiento a consecuencia de actualizaciones en el aparato. En otras palabras, la obsolescencia viene provocada por una acción –en este caso, del consumidor, instado por el fabricante–, consistente en actualizar o tratar de mantener el producto al corriente de las últimas versiones de *firmware*, sistema operativo o versión de software que provee –e incluso conmina a descargar e instalar– el propio fabricante¹¹⁴. En ocasiones, es el propio fabricante quien opera *motu proprio* estas actualizaciones. Como resultado de ellas, el producto, que hasta el momento funcionaba dentro de parámetros de conformidad, pierde rendimiento o funcionalidades, generando este menoscabo al consumidor que, de no haber sido actualizado, no hubiera padecido.

En la actualidad, se impide por vía contractual y técnica realizar la operación denominada como «*downgrade*», consistente en volver a un *firmware* o versión del sistema operativo anterior, y que

¹¹⁴ Junto a este concepto, debe traerse a colación el de «retrocompatibilidad» o «backwards compatibility», que permite a dispositivos actualizados continuar interactuando con versiones antiguas. El desarrollo informático y tecnológico en ocasiones puede conllevar que, necesariamente, para implementar determinadas funcionalidades clave, deban dejarse atrás dispositivos que ya tienen un tiempo en el mercado. Existirán razones de índole económica (los aparatos antiguos sean una minoría y no supongan un incentivo económico), pero en no pocas ocasiones también existen razones de índole puramente técnica.

en realidad podría articularse con sencillez a través de un simple mecanismo de «restauración del sistema». Una vez actualizado el terminal, el resultado deviene irreversible, sin que exista un obstáculo tecnológico real, pues escasos minutos antes, sí funcionaba correctamente. Tal impedimento se debe únicamente a limitaciones impuestas por el fabricante o creador –incluso, con artificios físicos como los *efuses*¹¹⁵, fusibles electrónicos instalados para dejar una marca física indeleble del *firmware* usado y no poder volver atrás, implantados por Nintendo en su consola Switch¹¹⁶–. Consideramos que existen ya en la actualidad instrumentos jurídicos que permiten enarbolar la existencia del «derecho al regreso a la versión anterior» de un sistema operativo o *firmware*, si una actualización ha causado una falta de conformidad sobrevenida –en forma de pérdida de rendimiento o funcionalidad–, es decir, «obsolescencia provocada».

A la vista de los casos históricos que adveran la existencia de estas prácticas, reputables como contrarias a derecho, así como las medidas reconocidas por la DCSCD y la propuesta de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020, «Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores» (2020/2021(INI)), podemos afirmar que nos encontramos ante una casuística conocida para el legislador. Sin embargo, no existen medidas que incentiven su aplicación¹¹⁷, y los consumidores no desean verse inmersos en largos y costosos procesos judiciales ineficientes tanto económicamente –el procedimiento puede ser más costoso que el propio objeto– como para su propósito mismo –el arreglo o medida de puesta en conformidad llegaría tras soportar un largo proceso judicial–. Los casos más mediáticos son anteriores a la introducción de las Directivas 2019/770 y 2019/771, pero esta clase de situaciones pueden volver a producirse en el futuro. De ser así, la invocación de los preceptos citados a lo largo de este trabajo, puede conducir a una interpretación como la aquí propuesta, cuando exista un caso de suficiente entidad como para llegar a los tribunales. En ese momento, sería especialmente interesante que se produjese una cuestión prejudicial, que permitiese al Tribunal de Justicia de la Unión Europea conocer del asunto y obtener un pronunciamiento al respecto, habida cuenta que ha sido la literatura comunitaria la que ha propuesto las soluciones aquí

¹¹⁵ Para una descripción técnica y práctica, véase el documento de trabajo elaborado por un importante fabricante de este tipo de componentes, Texas Instruments: <http://www.ti.com/lit/an/slva862a/slva862a.pdf>

¹¹⁶ KOUTROUMPOUCHOS, NTANTOGIAN y XENAKIS: «Building trust for smart connected devices: The challenges and pitfalls of TrustZone», *Sensors*, vol. XXI, núm.2, 2021, pp. 1 a 46. <https://doi.org/10.3390/s21020520>. En particular, páginas 9, 10 y 23.

¹¹⁷ BARBER CÁRCAMO: ob. cit., página 153.

tratadas. En última instancia, podría aventurarse que existe un soporte normativo suficiente para frente a esta nueva modalidad de «obsolescencia provocada», a través del «derecho al regreso a la versión anterior» —«*right to downgrade*» en lengua inglesa— de *firmwares* y sistemas operativos, de forma sencilla y asequible para los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

- ABU-GHAZALEH, Nael; PONOMAREV, Dmitry; y EVTYUSHKIN, Dmitry: «How the Spectre and Meltdown hacks really worked», en *IEEE Spectrum (Institute of Electrical and Electronics Engineers)*, vol. LVI, núm. 3, 2019, pp. 42 a 49. <https://doi.org/10.1109/MSPEC.2019.8651934>
- AFRINALDI, Feri; *et al.*: «Minimizing economic and environmental impacts through an optimal preventive replacement schedule: Model and application», en *Journal of Cleaner Production*, vol. CXLIII, 2017, pp. 882 a 893. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.12.033>
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Nuevo régimen de garantías de los bienes consumo y otras novedades introducidas por el RD Ley 7/2021 en el TRLGDCU», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2021. La Ley 12387/2021.
- AVILÉS GARCÍA, Javier: «Disponibilidad de piezas de recambio en los servicios postventa: una reciente distorsión legislativa interna con el Derecho europeo», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 39, 2021, pp. 1 a 12. https://doi.org/10.18239/RCDC_2021.39.2791
- BALDÉ, Kees; FORTI, Vanessa; GRAY, Vanessa; KUEHR, Ruediger; y STEGMANN, Paul: «Observatorio Mundial de los Residuos Electrónicos – 2017: Cantidades, Flujos, y Recursos», Universidad de las Naciones Unidas (UNU), Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y Asociación Internacional de Residuos Sólidos (ISWA), Bonn/Ginebra/Viena, 2017. Disponible en: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Climate-Change/Documents/GEM%202017/GEM%202017-S.pdf>
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Garantías en las ventas de consumo y economía circular ¿El inicio de un nuevo paradigma?», en *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 2, 2022, pp. 141 a 186. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/748>
- BAUWENS, Jan *et al.*: «Over-the-Air Software Updates in the Internet of Things: An Overview of Key Principles», en *IEEE Communications Magazine*, vol. LVIII, núm. 2, 2020, pp. 35 a 41. <https://doi.org/10.1109/MCOM.001.1900125>.
- BEALE, Hugh: «El futuro del derecho contractual europeo a la luz de las propuestas de directivas de la Comisión Europea sobre contenidos digitales y compraventa en línea», en *IDP: Revista d'Internet, Dret i Política*, núm. 23, 2016. Disponible en: <https://idp.uoc.edu/articles/abstract/10.7238/idp.v0i22.3096/>.
- BILGE, Leyla; y DUMITRA, Tudor: «Before we knew it: an empirical study of zero-day attacks in the real world», en *Proceedings of the 2012 ACM conference on Computer and communications security*, 2012, pp. 833 a 844.

- BULOW, Jeremy: «An Economic Theory of Planned Obsolescence», en *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, vol. CI, n.º 4, 1986, pp. 729 a 750.
- CASTILLO PARRILLA, José Antonio: «El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el Derecho de consumidores. De la Propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17, 2016. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/20556>.
- CENTOBELLI, Piera; ABBATE, Stefano; NADEEM, Simon Peter; y GARZA REYES, José Arturo: «Slowing the fast fashion industry: An all-round perspective», en *Current Opinion in Green and Sustainable Chemistry*, núm. 38, 2022, pp. 1 a 9; <https://doi.org/10.1016/j.cogsc.2022.100684>.
- CORVO LÓPEZ, Felisa María: «Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. XII, núm. 1, 2020, pp. 118 a 169; <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5183>
- DE FRANCESCHI, Alberto: «Planned obsolescence challenging the effectiveness of consumer law and the achievement of a sustainable economy: The Apple and Samsung cases», en *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. VII, núm. 6, 2018, pp. 217 a 221.
- DELVA BENAVIDES, Juan Emmanuel: «El derecho a reparar: Obsolescencia, regulación y su impacto en los desechos tecnológicos», *Revista de derecho ambiental*, núm. 18, 2022, pp. 13 a 34; <https://dx.doi.org/10.5354/0719-4633.2022.66915>
- ECHEVERRI SALAZAR, Verónica María; y OSPINA GÓMEZ, Julián: «Obsolescencia programada y derechos del consumidor», en LLAMAS POMBO, EUGENIO (Coord.): «*Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LA INDUSTRIA FONOGRAFICA: «Global Music Report 2017». Datos expuestos en el resumen de su página web, disponible en línea en: <http://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2018>
- «Global Music Report 2023». Disponible en línea en: <https://globalmusicreport.ifpi.org/>.
- FIGUEROA ALEGRE, Ivo Luís: «El derecho a un medio ambiente adecuado en la constitución española de 1978», en *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 17, 2008. Disponible en formato HTML plano en el Portal del Centro Informático Científico de Andalucía (Agencia Digital de Andalucía): https://huespedes.cica.es/gimadus/17/06_constitucion_espaniola.html.
- FLETCHER, Kate: «Durability, Fashion, Sustainability: The Processes and Practices of Use, Fashion Practice», en *The Journal of Design, Creative Process & the Fashion Industry*, vol. IV, núm. 2, 2012, pp. 221 a 238. La versión consultada es en línea (publicada en 2015): <http://dx.doi.org/10.2752/175693812X13403765252389>.
- FORO ECONÓMICO MUNDIAL DE DAVOS 2019: «A New Circular Vision for Electronics. Time for a Global Reboot». Consultado en línea por última vez el 9 de marzo de 2019. Disponible en http://www3.weforum.org/docs/WEF_A_New_Circular_Vision_for_Electronics.pdf

- FREDERICK, Justus George: «Is Progressive Obsolescence the Path toward[s] Increased Consumption?», en *Advertising and Selling*, núm. 10 (septiembre), 1928, pp. 19, 20, 44 y 46.
- FRIEDEL, Robert: «Obsolescence: origins and outrages», en *Technology and Culture*, vol. LIV, núm. 1, 2013, pp. 167 a 169. <https://doi.org/10.1353/tech.2013.0014>.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «Compraventa y suministro de contenidos digitales en la directiva 83/2011 y CESL», en CARRASCO PERERA, Ángel (Dir.): «*Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*», Thompson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 753 a 764.
- GUILTINAN, Joseph: «Creative Destruction and Destructive Creations: Environmental ethics and Planned Obsolescence», en *Journal of Business Ethics*, núm. 89, 2009, pp. 19 a 28.
- HELLMAN MORENO, Jacqueline: «¿Cómo superar la actual e ineficiente regulación internacional en torno a la obsolescencia programada? La conveniencia de catalogar la obsolescencia programada como un crimen de Derecho Internacional», en *Diario La Ley*, núm. 8819, 2016, p. 2 (versión digital La Ley 5992/2016).
- HIDALGO CEREZO, Alberto: «Derecho digital en la Unión Europea: Techlaw y Mercado Único Digital en la década 2010-2020». Comares, Granada, 2020, pp. 165 a 174.
- HOSEK PETR, Y CADAR, Cristian: «Safe software updates via multi-version execution», 35th International Conference on Software Engineering (ICSE), 2013, pp. 612 a 621. <https://doi.org/10.1109/ICSE.2013.6606607>.
- ISLER SOTO, Erika Marlene: «Acerca de la licitud de la obsolescencia programada a la luz del derecho de consumo», en González Pulido, Irene (Coord.) y Bueno de la Mata, Federico (Dir.): «*FODERTICS 9.0: estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia*», Comares, Granada, 2021, pp. 39 a 48.
- KOUTROUMPOUCHOS, Nikolaos; NTANTOGIAN, Christoforos; XENAKIS, Christos: «Building trust for smart connected devices: The challenges and pitfalls of TrustZone», en *Sensors*, vol. XXI, núm. 2, 2021, pp. 1 a 46. <https://doi.org/10.3390/s21020520>
- LETE ACHIRICA, Javier: «Artículo 126. Modificación de los contenidos o servicios digitales», en CAÑIZARES LASO, Ana (Dir.) y ZUMAQUERO GIL, Laura (Coord.): «Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios», tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1825.
- «Artículo 126 bis. Resolución del contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales» en CAÑIZARES LASO, Ana (Dir.) y ZUMAQUERO GIL, Laura (Coord.): «Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios», tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1825.
- LONDON, Bernard (1932): «Ending the Depression Through Planned Obsolescence», autopublicado, Nueva York, 1932. Puede consultarse el ejemplar digitalizado en: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=wu.89097035273;view=1up;seq=5>
- Löw, Marc: «Overview of meltdown and spectre patches and their impacts», en *WAMOS 2018 Fourth Wiesbaden Workshop on Advanced Microkernel Operating Systems*, RheinMain University of Applied Sciences, 2018, pp. 53 a 61. <https://search.iczhiku.com/paper/H5gRuDHjYvmeCGEQ.pdf#page=55>.
- LUTTMANN, Edgar, et al.: «Accelerating molecular dynamic simulation on the cell processor and Playstation 3», en *Journal of Computational Chemistry*, vol. XXX, núm. 2, 2009, pp. 268 a 274. <https://doi.org/10.1002/jcc.21054>.

- MAGGIOLINO, Mariateresa: «Planned Obsolescence: A Strategy in Search of Legal Rules», en *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, núm. 50, 2019, pp. 405 a 407. <https://doi.org/10.1007/s40319-019-00812-1>.
- MOSESSO, Léa; *et al.*: «Obsolescence Paths: living with aging devices», actas de la ICT4S 2023 - International Conference on Information and Communications Technology for Sustainability, celebrada del 5 al 10 de junio de 2023, Rennes, Francia, 2023, pp. 1 a 12. Disponible en: <https://hal.science/hal-04097867>
- MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen; y GARCÍA ÁLVAREZ, Pas-tora: «Manual de derecho penal medioambiental», Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2015, pp. 242 a 286.
- NEWZOO INTERNATIONAL B. V: GLOBAL GAMES MARKET REPORT 2023: Versión gratuita disponible mediante registro en: <https://newzoo.com/resources/trend-reports/newzoo-global-games-market-report-2023-free-version>
- NIINIMÄKI, Kirsi, *et al.*: «The environmental price of fast fashion», *Nature Reviews Earth & Environment*, vol. I, núm. 4, 2020, pp. 189 a 200. <https://doi.org/10.1038/s43017-020-0039-9>
- PARDO, Luca: «La sostenibilidad y la moda», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo (Coord.): «Transformación hacia la sostenibilidad», IE, Ontier, Thompson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 85 a 102.
- PEREIRA, Reginaldo: «Desafíos para la concretización del estado de derecho ambiental en un escenario de globalización económica: límites y posibilidades frente a la naturaleza jurídica del derecho fundamental al medio ambiente y de la pérdida del poder normativo del Estado», en GARCÍA GUERRERO, José Luis; y MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz (Dir.) «Constitución y mercado en la crisis de la integración europea», Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Serie Estudios, 164), Cuenca, 2019, pp. 73 a 102.
- POPE, Kamila: «Understanding Planned Obsolescence: Unsustainability Through Production, Consumption and Waste Generation», Kogan Page Publishers, Londres, Reino Unido, 2017.
- REYES LÓPEZ, María José: «Manual de derecho privado de consumo», 3.ª ed., La Ley, Las Rozas, 2022. Versión digital consultada La Ley 7409/2022.
- RODRIGUES BERTOLDI, Marcia, y PINHEIRO SCHONHOFEN, Vivian: «A solidariedade intergeracional ambiental e o processo estrutural como instrumentos para a contenção do estado de coisas inconstitucional ambiental», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. XIII, núm. 1, 2022. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/rcda/article/view/404070>
- SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, Leonardo: «Aspectos básicos del Derecho Ambiental: objeto, caracterización y principios. Regulación constitucional y organización administrativa del Medio Ambiente», en TORRES LÓPEZ, María Asunción; ARANA GARCÍA, Estanislao; y CONDE ANTEQUERA, Jesús (Coords.): «Derecho ambiental», Tecnos, Madrid, 2018.
- SANYÉ MENGUAL, Esther; *et al.*: «Eco-designing the use phase of products in sustainable manufacturing: The importance of maintenance and communication-to-user strategies», en *Journal of Industrial Ecology*, vol. XVIII, núm. 4, 2014, pp. 545 a 557. <https://doi.org/10.1111/jiec.12161>
- SOLER TORMO, Juan Ignacio: «La configuración constitucional del medio ambiente como derecho», tesis doctoral dirigida por Remedio Sánchez Ferriz, Universitat de Valencia, 2016. Disponible en: <https://roderic.uv.es/handle/10550/55947>.

- SOTO PINEDA, Jesús Alfonso: «Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2015, pp. 40 a 55. Versión digital (La Ley 4474/2015).
- «La obsolescencia programada y la defensa de la libre competencia», autor y coordinador de: «*Aproximaciones jurídicas a la obsolescencia programada*», Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 233 a 278.
- STAHEL, Walter: «Durability, Function and Performance», en COOPER, Tim (Ed.): «*Longer Lasting Products. Alternatives to the Throwaway Society*», Routledge, Londres, 2010 (versión en eBook consultada editada en 2016). <https://doi.org/10.4324/9781315592930>
- STEVENSON, Lewis: «Fair Circumvention: A Judicial Analysis for the Digital Millennium's Copyright Act Using the PlayStation 3 as a Case Study», en *The Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. XXI, núm. 1, 2011, pp. 681 a 725. Disponible en: <https://gould.usc.edu/students/journals/ilj/issues/#21-1>.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La «codificación» de la normativa de protección del consumidor en la Unión Europea», en *La Ley Unión Europea*, núm. 101, 2022. La Ley 2496/2022.
- TAYLOR, Vincent F.; y MARTINOVIC, Ivan: «To Update or Not to Update: Insights From a Two-Year Study of Android App Evolution», en *Proceedings of the 2017 ACM on Asia Conference on Computer and Communications Security*, Association for Computing Machinery (New York), 2017. <https://doi.org/10.1145/3052973.3052990>.
- TORCA ADELL, Laura; y BOVEA EDO, María Dolores: «¿Están alineados los requisitos del derecho a reparar con las prácticas/perspectivas del consumidor?», 27th International Congress on Project Management and Engineering, celebrado en San Sebastián entre el 10 y el 13 de julio de 2023, pp. 715 a 725. <https://doi.org/10.61547/3397>
- TORRES LÓPEZ, María Asunción; ARANA GARCÍA, Estanislao; y CONDE ANTEQUERA, Jesús (Coords.): *Derecho ambiental*, Tecnos, Madrid, 2018.
- TUR FAÚNDEZ, María Nélica: «El régimen de la falta de conformidad tras la reforma de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril», en *La Ley Mercantil*, núm. 83, 2021. La Ley 9716/2021.
- WRBKA, Stefan: «Warranty Law in Cases of Planned Obsolescence. The Austrian Situation», en *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. VI, 2017, pp. 67 a 76.
- WRBKA, Stefan; y DIMATTEO, Larry A.: «Comparative warranty law: case of planned obsolescence», en *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. XXI, núm. 4, 2019, pp. 907 a 977. Disponible en: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1591&context=jbl>.
- YASSINE, Ali; y SOUWEID, Sally: «Time-to-Market and Product Performance Tradeoff Revisited», en *IEEE Transactions on Engineering Management*, vol. LXX, núm. 9, 2023, pp. 3244 a 3259. <https://doi.org/10.1109/TEM.2021.3081987>.

Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, a debate: ¿Qué aporta, ¿qué cambia, ¿qué regula y qué protege? Sus luces, sus sombras*

PILAR BENAVENTE MOREDA

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este trabajo analiza los aspectos más relevantes introducidos por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Constituyen sus señas de identidad la despatologización de la transexualidad, la autodeterminación del género dentro del binarismo (masculino/femenino), el reconocimiento del derecho al cambio de sexo de las personas menores de edad, así como la protección de los derechos de las personas intersexuales y la prohibición de las terapias de conversión. Se analizan igualmente los efectos de la ley en materia de filiación.

PALABRAS CLAVE

Identidad de género, despatologización de la transexualidad, autodeterminación de género, consentimiento, transexualidad, intersexualidad, igualdad real y efectiva personas LGTBI.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación: «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros», PID2029-100/AEI/10.13039/501100011033, financiado por Ministerio de Ciencia e Innovación. Investigadoras Principales: Alma María Rodríguez Guitián y Pilar Benavente Moreda.

Law 4/2023, of february 28, for the real and effective equality of trans persons and for the guarantee of rights of LGTBI people under debate: What does it contribute, what does it change, what does it regulate and what does it protect? Its lights, its shadows

ABSTRACT

This paper examines the most relevant aspects introduced by Law 4/2023, of 28 February, for the real and effective equality of trans people and for the guarantee of the rights of LGTBI people. Its hallmarks are the depathologisation of trans-sexuality, the self-determination of gender within the binarism (male/female), the recognition of the right to sex change for children, as well as the protection of the rights of intersex people and the prohibition of conversion therapies. The effects of the law on filiation are also analysed, as well as the importance of other measures included in the law in its pretension to be a Integral Law.

KEYWORDS

Gender identity, depathologisation of trans-sexuality, gender self-determination, consent, trans persons, intersex persons, real and effective equality of LGTBI persons.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Antecedentes. 1. Evolución del tratamiento de la transexualidad. 2. De las Proposiciones de Ley –2017 a 2021– al Anteproyecto de Ley Trans de junio de 2021.–III. Contenido de la Ley 4/2023. Los cambios esenciales en relación con la regulación anterior. 1. Tratamiento de la transexualidad. 1.1. Depatologización, derecho a la autodeterminación de género. 1.2. Reconocimiento de derecho a la autodeterminación de género de las personas menores de edad. 1.2.1. Legitimación y consentimiento para el cambio registral del sexo. 1.2.2. Consentimiento de los menores para el cambio físico de sexo. El consentimiento informado. 1.3. Procedimiento para la rectificación del sexo. 1.3.1. Procedimiento judicial previo de autorización de rectificación registral del sexo de menores entre 12 y 14 años. 1.3.2. Procedimiento registral extrajudicial. 1.3.3. Reversibilidad de la rectificación de la mención registral relativa al sexo y sus consecuencias. 1.4. Efectos

de la rectificación registral del sexo de las personas. 1.4.1. Efectos y consecuencias directas. 1.4.2. Los efectos y consecuencias indirectas: Adecuación de la Documentación. 2. Protección de las personas intersexuales. la prohibición de las terapias de conversión. 2.1. Intersexualidad. Políticas públicas en el ámbito de la salud y medidas de protección en situaciones especiales (arts. 19 y 74 LT). 2.2. Prohibición de las terapias de conversión.–IV. El derecho a la identidad de género en otros ordenamientos jurídicos. 1. El derecho a la autodeterminación del género en Argentina. 2. El derecho a la autodeterminación del género en Chile. 3. Las legislaciones de Dinamarca, Malta y Portugal como ejemplos europeos.–V. Las modificaciones que introduce la Ley 4/2023 en materia de filiación. 1. Modificaciones en el Código Civil en materia de filiación (DF1). 2. Modificaciones en la LRC (DF11). 3. La filiación derivada del uso de TRHA. Ausencia de modificación de la LTRHA.–VI. Reflexiones finales.–Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El jueves, 16 de febrero de 2023, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó definitivamente la denominada «Ley Trans» en adelante, LT)¹, después de un proceso largo que legislativamente comenzó con la presentación, el 29 de junio de 2022, del «Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI»² pero que de hecho había comenzado muchísimo tiempo antes de la mano de numerosas Propositiones de Ley y propuestas legislativas destinadas a dar regulación de una manera integral al reconocimiento del derecho al cambio de sexo en el Registro, despatologizando la transexualidad, legalizando el derecho de autodeterminación del sexo sentido y vivido y excluyendo la exigencia de cualquier tratamiento médico o cambio físico vinculado al proceso. La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI fue publicada en el *BOE* de 1 de marzo de 2023 y entró en vigor el 2 de marzo.

Son muchas las críticas que se han vertido sobre la Ley, no solo en cuanto a su contenido y al alcance de su regulación sino también

¹ 121/000113 Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTB-BOCG 22 de febrero de 2023, núm. 113-8.

² *BOCG* 12 de septiembre de 2022, num.113-1.

en cuanto a la forma y las imprecisiones atribuidas a la redacción y formulación técnica de la misma. Al debate, como veremos, se han incorporado argumentos presentados de la mano del movimiento feminista por entender que con la autodeterminación del género la posibilidad del cambio de sexo por la mera declaración de voluntad, sin exigencia alguna de transformación física de las personas, se está propugnado «el borrado de las mujeres» y la pérdida de derechos en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres o la protección de los derechos de la mujer ante la violencia de género. Igualmente se argumenta que con esta regulación las posibilidades de fraude en el reconocimiento de derechos son mucho mayores. Intenso ha sido el debate a nivel social, doctrinal e incluso jurisprudencial sobre la posible vulneración de los derechos de las mujeres en el ámbito deportivo, entre otros, como consecuencia de la participación de las mujeres trans o intersexuales en las competiciones deportivas³.

En el mes de junio de 2023 se presentó ante el Tribunal Constitucional Recurso de Inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario del PP, contra determinados preceptos de la Ley (en concreto contra los artículos 19.2; 43, apartados 1 y 2; 44, apartados 3 y 9; 47, primer párrafo; y 79,

³ Sobre ello tuve ocasión de pronunciarme en el VIII Seminario de Derecho Deportivo –UAM– sobre «Mujer y Deporte», organizado por el Grupo de Investigación UAM: «Paz y Derechos Humanos: Protección Internacional», en 2020, donde hablé sobre «Intersexualidad y transexualidad y deporte» y puse de manifiesto las constantes vulneraciones de derechos sufridos desde hace más de seis décadas por las deportistas trans o intersexuales, sometidas en las competiciones a pruebas de feminidad y a la prohibición de participación o descalificación de quienes no pasaban los filtros de las despreciables pruebas utilizadas para acreditar la condición de mujer o finalmente los niveles de testosterona exigidos. Igualmente, tuve ocasión de analizar la evolución del proceso seguido contra la resolución adoptada por el Tribunal de Arbitraje Deportivo de 1 de mayo de 2019 contra Caster Semenya, por el que se obligó a la atleta, que padece hiperandrogenia, a reducir sus niveles de testosterona para participar en competiciones deportivas femeninas y que ha culminado con la sentencia del TEDH de 11 de julio de 2023 en el caso n. 10934/21, *Affaire Semenya c. Suiza*, en la que se condena al Estado suizo por violación de los artículos 14 (prohibición de discriminación) en relación con el artículo 8 (derecho de respeto a la vida privada) del CEDH, al considerar discriminatorio contra la atleta el hecho de obligarle por el Reglamento citado a reducir sus niveles de testosterona para participar en las competiciones femeninas. *Vid.* «En defensa de la visibilidad de la intersexualidad y del reconocimiento de los derechos a la identidad e integridad de las personas intersexuales en todos los ámbitos». *Generación de Orgullo*. Revista editada por COGAM, Madrid, 2020. pp. 32-35. Sobre el tratamiento del derecho a la identidad de género, el debate sobre la distinción entre sexo y género y la valoración de la actual regulación de la transexualidad y el derecho a la autodeterminación del género «sentido» creo imprescindible la lectura de «El laberinto del género. Sexo, Identidad y Feminismo» (2021) Alianza Editorial, de DE LORA DEL TORO. El autor analizaba entonces el Anteproyecto de Ley Trans, las consecuencias de la autodeterminación de género en diferentes ámbitos de nuestra realidad social, entre ellos el relacionado con la determinación de la filiación de los hijos de las personas trans que es objeto de tratamiento en la Ley 4/2023 y se analiza en el presente trabajo como una de las cuestiones que no han sido abordadas, desde mi punto de vista, con el rigor jurídico necesario.

apartados 3 b), 4 e) y 4 f), de la Ley 4/2023). El recurso fue admitido a trámite por el Pleno del TC, por providencia de 20 de junio de 2023 (recurso de inconstitucionalidad 3679-2023) publicada el 28 de junio de 2023⁴. Como era previsible, algunos de los preceptos sobre los que recae el recurso, forman parte de lo considerado como esencial del texto y esencial de la crítica contra el mismo: la autodeterminación, despatologización y legitimación para instar la rectificación registral. Habrá que esperar, obviamente, a la decisión del TC para completar esta valoración y el alcance que sobre el texto legal tenga⁵.

A salvo, obviamente, de lo que resuelva el TC, en este trabajo se hace un análisis del contenido de la LT, haciendo una valoración comparativa con la Ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas⁶ que reguló los requisitos necesarios para acceder al cambio de sexo en el Registro Civil cuando dicha inscripción no se correspondiera con la verdadera identidad de género sentida. Y tal y como se presenta en el título del trabajo, la esencia de este será analizar qué cambia, qué aporta y qué protege la nueva y polémica ley, comparándola con el texto anterior y realizando al mismo tiempo una valoración de sus luces y sombras.

Dentro de tal análisis es obligado referirnos al procedimiento establecido legalmente para la rectificación registral del sexo de las personas, atendiendo no solo a las modificaciones incorporadas en la LRC y LJV, que prevén el cauce registral y procesal exigido en aquellos casos en los que se requiera la intervención judicial. Ello se

⁴ BOE núm. 153 de 28 de junio de 2023.

⁵ Atendiendo a los preceptos que se invocan como inconstitucionales, podría hablarse de *dos bloques de inconstitucionalidad diferentes*. El primero, relativo a las normas que afectan a aspectos «sustantivos» de la regulación: a) la prohibición de las terapias de modificación genital de menores de 12 años (intersexuales) –art. 19.2–; b) la legitimación de los menores de edad (de 16 a 18 y menores de 16 años) para solicitar la rectificación registral de su sexo –art. 43 1 y 2–; c) el procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo, desgajado de la exigencia condicionante de exhibición de informe médico o psicológico alguno –art. 44 3 y 9–, d) reversibilidad de la rectificación –art. 47–.

El otro que afecta al artículo 79, apartados 3 b), 4 e) y 4 f), se refiere al sistema de infracciones y sanciones, incluidas en el Título IV de la Ley. El precepto y apartados invocados regulan las infracciones graves o muy graves y en concreto de las relativas a: * La realización de actos o la imposición de disposiciones o cláusulas en los negocios jurídicos que supongan, directa o indirectamente, un trato menos favorable a la persona por razón de su orientación o identidad sexual, expresión de género o características sexuales en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable. (grave); * La elaboración, utilización o difusión en centros educativos de libros de texto y materiales didácticos que presenten a las personas como superiores o inferiores en dignidad humana en función de su orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. ** La convocatoria de espectáculos públicos o actividades recreativas que tengan como objeto la incitación a realizar conductas tipificadas como graves o muy graves en el presente Título.

⁶ BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007.

complementa con la imprescindible remisión a la Instrucción de 26 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo regulada en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.⁷

Pese a las numerosas críticas de la reforma, el derecho a la auto-determinación del género ya fue recogido en los históricos Principios de Yogyakarta de 2007, «sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género»⁸ y se encuentra arropado bajo el artículo 8 del CEDH conforme a una cuantiosa jurisprudencia del THDE, desde la STEDH del Caso L. contra Lituania. (11 de septiembre de 2007) TEDH\2007\56 hasta el más reciente, Caso P. H contra Bulgaria. S. de 27 septiembre de 2022 (TEDH/ 2022/131). Igualmente, en el seno de la CIDH se reconoce expresamente el derecho a la identidad de género sentida conforme a la opinión consultiva OC-24 adoptada por la Corte el 24 de noviembre de 2017⁹.

Por otro lado, la mayoría de las Comunidades Autónomas (CCAA) han aprobado en los últimos años, leyes de identidad de género o en defensa de los derechos de las personas LGTBI, en las que, en algunos casos se reconoce el derecho a la autodeterminación del género en el ámbito administrativo de sus competencias, ampliando y reconociendo tales derechos en relación con los menores de edad, creando una situación compleja y de difícil encaje con la normativa estatal anterior existente al permitir la incorporación del sexo o género «sentido» en registros administrativos, académicos o sanitarios, al margen de los datos incorporados al Registro

⁷ BOE núm. 132, de 3 de junio de 2023

⁸ Se puede consultar su contenido en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

Estos principios, sin ser vinculantes para los estados, constituyen un referente al recoger una serie de principios sobre cómo han de ser abordados los derechos humanos de las personas sin discriminación por cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Estos principios fueron desarrollados por un grupo de expertos de diferentes países y de distinta formación que tuvo su arranque en un seminario internacional celebrado en Yogyakarta en noviembre de 2006. Para un mayor estudio de su contenido vid su desarrollo en sendos trabajos que sirvieron de base incipiente a mis investigaciones posteriores sobre la materia. (BENAVENTE MOREDA, *RGDC* 17 (2013), pp. 1-75; Id. *AFDUAM* 17(2013), pp. 105 a 144); Id., *RJUAM*. 2018 (38), pp. 273-316).

⁹ La Opinión Consultiva titulada «Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo», fue emitida en respuesta a una solicitud presentada por el Estado de Costa Rica que buscaba responder a cinco preguntas en torno a dos temas relacionados con derechos de las personas LGTBI. El primero de ellos versa sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género y en particular sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre debido a la identidad de género. El segundo tema se refiere a los derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo. (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)

Civil como sistema de identificación único y común de todos los españoles. Aunque actualmente algunas Comunidades, como la de Madrid en 2023, hayan modificado su legislación restringiendo derechos en este aspecto reconocidos desde 2016.

El derecho a la identidad de género es igualmente abordado en otros ordenamientos de nuestro entorno, tanto europeo como del resto del mundo (como es el caso del derecho argentino o chileno, dentro de Latinoamérica o Irlanda, Malta, Dinamarca o Portugal, en Europa). En ellos se han incorporado Leyes específicas de Identidad de Género en las que se establece el derecho a la autodeterminación del género sentido, incluyendo a los menores de edad también, lo que se visualiza claramente como una nueva vertiente de la entrada de la autonomía de la voluntad en campos del derecho hasta ahora impensables. No es una novedad por tanto la forma en que se aborda el cambio de sexo por el legislador español, aunque no sea una alternativa muy extendida en otros ordenamientos.

Es necesario aludir en este trabajo, aún de forma muy concisa, a la evolución del tratamiento de la transexualidad en nuestro ordenamiento jurídico, así como la reforma que se produce en relación con la filiación que es nuevamente maltratada por el legislador que no termina de afrontar una reforma uniforme sobre la materia.

II. ANTECEDENTES

1. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA TRANSEXUALIDAD

Aunque he dedicado en otros trabajos una parte importante al análisis de la evolución del tratamiento de la transexualidad y del reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI ¹⁰ considero adecuado exponerlos brevemente para tratar de entender cómo se ha llegado a la regulación actual.

No se trata de hacer aquí un análisis histórico cronológico de periodos de tiempo definidos. Se trata de reflejar los hitos que se han producido, bajo una misma legislación (CC o LRC de 1957 sin alteraciones en su articulado).

Por lo que se refiere al tratamiento de la *Transexualidad*, conviene recordar que dentro del ordenamiento español hemos pasado por diferentes fases, fruto de la evolución social y jurisprudencial, básicamente y, consecuencia de la progresiva subsunción de los supues-

¹⁰ BENAVENTE MOREDA, *RGDC* 17 (2013); ID. *AFDUAM* 17(2013); *RJUAM*. 2018 (38)

tos de transexualidad y su protección dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad y como manifestación del derecho de cada individuo a definir su propia identidad.

Inicialmente, al amparo de la LRC de 1957, tan solo era posible la modificación registral del sexo de las personas en los supuestos de los llamados «estados intersexuales», considerados conforme a la interpretación que la jurisprudencia había venido realizando de los arts. 93.3 LRC de 1957 y 294 RRC de 1958 como de «discordancia originaria» entre el sexo inscrito y el real, lo que permitía la rectificación registral del sexo de la persona por vía del expediente gubernativo y con apoyo en la existencia de un error («indicación equivocada del sexo»), debiendo recurrirse en todo caso al procedimiento judicial correspondiente por tratarse de supuestos en que lejos de existir un error en la inscripción se produciría una contradicción con el sexo inscrito (art. 92 LRC).

Sin embargo, aun vigente la misma legislación, a partir de ciertas decisiones del TS y de la DGRN (a finales de la década de los ochenta y comienzo de los noventa), se comienza a admitir el cambio de sexo a efectos registrales, tras *la correspondiente cirugía de reasignación*, pero sin considerar que tal modificación se producía a efectos cromosómicos y biológicos, con la consiguiente falta de capacidad para el ejercicio de todos los derechos que derivarían del sexo reasignado, entre ellos, el de contraer matrimonio con personas del sexo contrario.

Las decisiones en las que se permitía el cambio de sexo se apoyaban básicamente en la necesidad de proteger «el derecho al libre desarrollo de la personalidad» previsto en el artículo 10 CE, así como en la incipiente invocación, entonces, de los artículos 8 y 12 del Convenio de Roma, de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH)¹¹.

En la década de los años dos mil se produce un giro relevante de la mano de la posición de la DGRN al admitir, sin argumentos legales distintos a los anteriores, el cambio de sexo no solo a efectos puramente sociales o meramente registrales, sino a todos los efectos, incluida la posibilidad de contraer matrimonio. Si bien se mantiene la exigencia de la previa operación de cirugía de reasignación y tratamiento hormonal.

¹¹ Es la posición mantenida por el TS en sentencias de 2 julio de 1987(RJ/1987/5045), en la que se hablaba de proteger «la ficción de hembra», permitiendo el cambio de nombre de hombre por el de mujer, en la de 18 de julio 1988(RJ/1988/5722) o las de 3 de marzo de 1989(RJ 1989/1993) o 19 abril 1991(RJ/1991/.2725) y la de la RDGRN de 2 de octubre de 1991(R.8611), donde se admitió la inscripción del cambio de sexo pero a efectos puramente sociales como remedio artificial en aras a defender el libre desarrollo de la personalidad, pero sin más consecuencias, por lo que no se permite que tal cambio le otorgue al transexual el derecho a contraer matrimonio.

Este cambio de criterio, anterior a la reforma operada en el CC por Ley 13/2005, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, se introduce por la DGRN, utilizando curiosamente los mismos argumentos que antes habían servido para inadmitirlo¹².

En esta evolución resulta esencial y relevante tener en cuenta el valor y alcance de la Ley 3/2007 de 15 de marzo «reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas», cuya trascendencia se encontraba, por un lado en el hecho de regular explícitamente en un texto legal la posibilidad registral del cambio de sexo y por otro lado, en la supresión en su artículo 4.2 de la exigencia de cirugía de reasignación para permitir el acceso al Registro del cambio de sexo, siempre que se dieran las siguientes circunstancias: a) Diagnóstico de disforia de género, acreditada mediante informe de médico o psicólogo clínico; b) Tratamiento médico durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado.

En cuanto al reconocimiento *del derecho de las personas menores de edad al cambio de sexo* conviene tener presente que, con independencia de la existencia de diferentes propuestas legislativas y proposiciones de ley en las que se incluía la legitimación de los menores de edad para rectificar su sexo, a las que me referiré a continuación, fue el Tribunal Constitucional el que en Sentencia de 18 de julio de 2019 declaró la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 3/ 2007 al no legitimar a los menores con «suficiente madurez» y que se encuentren en una «situación estable de transexualidad» para rectificar registralmente su sexo. Ello es consecuencia del Auto del TS de 10 de marzo de 2016 por el que se planteó cuestión de inconstitucionalidad contra la citada ley 3/2007 al no permitir el cambio de sexo de los menores de edad¹³. Tras la citada sentencia

¹² Tal se produce en la RDGRN 8 enero 2001(R. 2568); 31 enero 2001(R. 5095) y 25 enero 2005(R. 1954), permitiendo que aquellas personas que hubieran cambiado de sexo, en el Registro Civil, pudieran contraer matrimonio con otra persona del sexo diferente al suyo tras la modificación registral (con apoyo nuevamente en los artículos 10 y 32 CE).

¹³ STC núm. 99 de 18 de julio (RTC/2019/99; STS num. 685/1019, de 17 de diciembre (RJ/2020/669) y Auto de 10 de marzo 2016 (RJ/2016/1392)

El TS, en el citado Auto de 2016, culminaba en su FD 7.º manifestando sus dudas sobre la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 3/2007 al exigir de la mayoría de edad para solicitar el cambio de la mención registral del sexo y el nombre considerando que «los menores no son ajenos a la problemática de las personas transexuales. En ellos, a los problemas que atañen a las personas transexuales en general se añaden los que son inherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia». Por ello resuelve planteando la Cuestión de inconstitucionalidad tomando en consideración el reconocimiento de tales derechos a los menores atendiendo a dos elementos esenciales como son la progresiva madurez del menor en su evolución hacia el estado adulto, así como el principio de proporcionalidad.

Un análisis detallado del proceso, al que me remito para no reiterar contenidos ya analizados, lo realizo en mi trabajo: «Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor», *RJUAM*, 38 (2019).

del TC, era imprescindible para cualquier reforma legal tener en cuenta el reconocimiento del derecho al cambio de sexo de las personas menores de edad, si bien con los matices relevantes relativos a la madurez del menor y la existencia de disforia de género.

Igualmente conviene tener en cuenta, como ya se ha mencionado, *la posición mantenida por las Comunidades Autónomas*¹⁴ que

¹⁴ Se han aprobado hasta la fecha leyes sobre protección de las personas LGTBI o de Identidad de género en quince Comunidades Autónomas, aunque actualmente en algunas, tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley 4/2023 (LT), incluso gobernadas por los mismos partidos políticos que las aprobaron, se replantean su derogación o modificación. La primera en legislar fue la Comunidad Navarra, que aprobó la Ley foral de Derechos de los transexuales de 19 de noviembre de 2009 (BOPN núm. 147, 30 de noviembre de 2009, p. 15135) y posteriormente la Ley Foral 8/2017 de 19 junio, para la igualdad de las personas LGTBI+ (BOE núm. 137, 21 de julio de 2017, p. 63642). País Vasco aprobó la Ley de derechos de las personas transexuales el 28 de junio de 2012 (BOPV 132, 6 de junio de 2012, p. 3067); Galicia, la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (BOE 127, de 26 de mayo de 2014, p. 39758).

Andalucía dio un paso más en cuanto al contenido y reconocimiento de los derechos de los menores trans al aprobar su Ley integral 2/2014, de 8 de julio, para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales (BOJA 139, 18 de enero de 2014), para posteriormente aprobar la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos de la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familias (BOJA 10, de 15 de enero de 2018, p. 12).

A dicha normativa siguieron con carácter igualmente protector de los derechos de los menores y con tendencia despatologizadora las leyes de Cataluña, Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, bifobia y transfobia (BOE de 20 de noviembre de 2014, p. 94729), la de Canarias, Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales (BOE de 20 de noviembre de 2014, p. 94850) o la extremeña Ley 12/2015, de 8 de abril, de libertad sexual (BOE núm. 108, 6 de mayo de 2015, p. 39518). En los momentos de revisar este artículo se debate en Cataluña un Anteproyecto de Ley integral de reconocimiento del derecho a la identidad de expresión de género que se está ultimando en el Departamento de Igualdad y feminismo catalán. El texto, que se encuentra en fase de audiencia e información pública, consolida el reconocimiento del derecho a la identidad de género y la libre expresión de este como un derecho humano. El texto incorpora, por primera vez el denominado «género no binario» dentro de los documentos administrativos (Se puede consultar el proceso en <https://govern.cat/salaprensa/notes-premsa/573462/departament-digualtat-feminismes-ultima-lavantprojecte-llei-trans-catalana> (fecha de consulta 24 de enero de 2024).

Especial relevancia ofreció la normativa aprobada en la Comunidad de Madrid, siguiendo la estela de la legislación andaluza, a través de dos leyes específicas, la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación (BOE 169, de 14 de julio de 2016, p. 49217) y la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección integral contra la LGTBIofobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid (BOE 285, de 25 de noviembre de 2016, p. 82459). Sin embargo en este punto se ha producido un cambios sustancial en la normativa autonómica madrileña, fruto de la Ley 17/2023, de 27 de diciembre (LCM 2023/590) que modifica y anula determinados preceptos de la pionera Ley de 2016, restringiendo derechos a las personas trans y suprimiendo el derecho a la autodeterminación administrativa del género que recogiera en el texto original.

Con contenido parecido a la primera de las leyes de la CM se desarrolla la normativa posteriormente aprobada en Comunidades como Murcia, a través de su Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género (BOE 153, de 25 de junio de 2016, p. 45833), la de Islas Baleares,

mayoritariamente y ante la falta de respuesta del legislador estatal, habían venido legislando sobre los derechos de las personas LGTBI, a través de normas protectoras, apoyadas esencialmente en el derecho al libre desarrollo de su personalidad y en la idea, común a la mayoría de los textos existentes, del reconocimiento del derecho del individuo a identificarse (en el ámbito administrativo de sus competencias) conforme al propio sentimiento de identidad de género sentido al margen del sexo asignado en el momento del nacimiento.

Común a la mayoría de dichos textos legales es, por un lado, el reconocimiento a los menores de edad del derecho a su propia identidad, conforme al sentimiento personal de género y al margen de la existencia de tratamientos y valoraciones médicas o psiquiátricas y psicológicas. Igualmente se regula en ellas la posibilidad (en los textos legales aprobados mayoritariamente en la última década) de que las personas transexuales, mayores o menores de edad, puedan identificarse, en el ámbito de las competencias de las propias CCAA, conforme al género sentido creando la posibilidad de expedir documentación administrativa propia y al margen de la identificación registral de la persona conforme a la normativa general prevista en la LRC.

Igualmente es común a la mayoría de los textos legales autonómicos la tendencia despatologizadora de la transexualidad, para hablar más de la «identidad de género» como sentimiento personal e íntimo de ser de otro sexo diferente al asignado con el nacimiento, que permite crear una identidad administrativa (a efectos sanitarios, educativos, culturales, deportivos...) de cada individuo.

mediante Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBIfobia (*BOCAIB* de 2 de junio de 2016) o la Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Comunidad de Valencia, integral de reconocimiento del derecho a la identidad y expresión de género (*DOGV* 8019, de 11 de abril de 2017, p. 12310). En 2018 aprobó la Ley de Aragón 4/2018, de 19 de abril, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación (*BOE* de 7 de mayo de 2018) y la Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de Igualdad y Protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género, también de Aragón (*BOE* de 11 de enero de 2019). Siendo las últimas, la Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Cantabria, de garantía de derechos de las personas lesbianas, gays, trans, transgénero, bisexuales e intersexuales y no discriminación por razón de identidad sexual y orientación de género (*BOE* núm. 322, de 10 de diciembre de 2020, pp. 112870 a 112893); la de La Rioja, Ley 2/2022, de 23 febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la CA de la Rioja (*BOE* de 8 de marzo de 2022) y la de Castilla-La Mancha, Ley 5/2022, de 6 de mayo de diversidad sexual y derechos LGTBI (*BOE* de 25 de marzo de 2022).

Parece bastante evidente que, al menos en el marco de las competencias autonómicas, no resultaba excesivamente problemático el reconocimiento del derecho de autodeterminación de género ni siquiera para los menores de edad. *Vid.* BENAVENTE MOREDA, *RJUAM* núm. 38, 2018-II pp. 306-312.

2. DE LAS PROPOSICIONES DE LEY –DE 2017 A 2021– AL ANTEPROYECTO DE JUNIO DE 2021¹⁵

Frente al amplio despliegue normativo en el ámbito de las CCAA, como ya hemos tenido ocasión de ver, en el ámbito estatal tan solo se ha contado hasta la entrada en vigor de la LT, con un texto legal de carácter incompleto como fue la Ley 3/2007, de 15 de marzo ya citada. En su momento fue significativa, progresista y relevante, en tanto en cuanto legislaba por primera vez sobre el tema, sobre la base de lo que tan sólo se había venido admitiendo jurisprudencialmente y con apoyo en textos legales variopintos. Lo más relevante de dicha norma fue permitir la rectificación registral del sexo de las personas sin necesidad de recurrir a la cirugía de reasignación sexual, si bien partiendo de la consideración de la transexualidad como una patología, adecuada a su nueva consideración por parte de la OMS como «disforia de género» y lejos de la calificación tradicional como una enfermedad¹⁶.

La citada ley, no obstante, resultaba incompleta, al menos en cuanto la finalidad última a la que debía ir dirigida: regular de manera amplia, completa y protectora los derechos de las personas LGTBI. Si bien, tampoco era ese su objetivo inicial como se ha indicado. Sí cabe decir no obstante, que como en otros muchos ámbitos del derecho, el legislador estatal llega tarde porque la vorágine legislativa autonómica ha abordado (teóricamente dentro del ámbito exclusivo de sus competencias) a través de las correspondientes leyes de identidad de género (o con denominación parecida), los derechos sociales, sanitarios, culturales o educativos de las personas LGTBI partiendo en muchos de los textos legales del principio de libertad de autodeterminación de género –dentro de esos ámbitos– que ahora tanto se discute.

Esta libertad de autodeterminación en el marco autonómico, conducía a un galimatías identitario de difícil explicación: a saber, la posibilidad de que una persona pudiera, dentro de una CCAA

¹⁵ <https://www.publico.es/sociedad/gobierno-da-pistoletazo-salida-ley-lgtbi-permite-autodeterminacion-sexo.html> (Diario Público de 29 de junio de 2021)

¹⁶ En la última actualización de enfermedades de la OMS (CIE-11), adoptada en la 72.^a asamblea mundial de la Salud de 2019, en la edición que entró en vigor en 2022, se saca la transexualidad del capítulo de trastornos y pasa a formar parte de un epígrafe denominado «condiciones relativas a la salud sexual». Suponía un paso en el camino de la despatologización de la transexualidad, aunque se pasó a denominar «incongruencia de género» (<https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases> (última consulta febrero 2024)).

identificarse conforme al sexo contrario al que se le asignó al nacer, en los documentos administrativos de competencia regulatoria autonómica y al margen de que registralmente su identidad registral fuera otra. Tal contradicción resultaba absolutamente incomprensible en tanto en cuanto afectaba a la esencia básica de la persona, a su propia identidad.

Dicho esto, que conviene tener en cuenta, las diferentes propuestas previas a la regulación actual, trataron, de manera más o menos acertada, de dar respuesta a varias cuestiones que posteriormente aborda la Ley 4/2023: 1.º la necesidad de tener regulación completa (o lo más completa posible) de los derechos, obligaciones, efectos y consecuencia en los diferentes ámbitos de protección de las personas LGTBI. Lo que viene siendo una pretensión de regulación «integral»; 2.º atender a la ya planteada y reconocida despatologización de la transexualidad dentro de los diferentes textos internacionales y dentro de la jurisprudencia, tanto de nuestros tribunales como del TEDH, lo que conduce, en dichos textos, a vincular el proceso de tránsito al margen de la valoración patológica, de los tratamientos médicos y de los procesos físicos de cambio para la reasignación sexual, esto es, de la mano de la autodeterminación.

Analizamos brevemente las diferentes Proposiciones de Ley y el Anteproyecto presentado por el Gobierno en junio de 2021. Hablamos de tres Proposiciones de Ley entre 2017 y 2018, una más de diciembre de 2020, otra de marzo de 2021 y el Anteproyecto de Ley de junio de 2021. Las tres primeras caducaron por expirar la legislatura (XII Legislatura), las presentadas posteriormente (en 2020 y 2021) son rechazadas en el Parlamento y, el Anteproyecto de Ley de 2021 constituye la base legal definitiva que culminó con el texto que hoy configura la Ley 4/2023 (LT). Es común a todos los textos el reconocimiento del derecho a la libertad de autodeterminación del género, así como la inclusión de tal opción para los menores de edad con los matices que expondré a continuación, lo que implica esencialmente una modificación sustancial de los arts. 1 y 4 de la Ley 3/2007, despatologizando la transexualidad y legitimando a los menores de edad, por sí o a través de sus representantes legales en función de la edad, para rectificar registralmente su condición sexual.

La primera de ellas fue *la Proposición de Ley 122/000072 para la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*,

para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 respecto al registro del cambio de sexo, y para posibilitar medidas para mejorar la integración de las personas extranjeras residentes en España presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, de 3 de marzo de 2017¹⁷

Dicha proposición se presentaba con la clara finalidad de modificar los artículos 1 y 4 de la ley 3/2007. Sin embargo, la propuesta nada se incluía sobre las posibilidades futuras de nuevas rectificaciones, sus límites y condicionantes, en su caso. Dicha proposición fue debatida y se emitió el correspondiente informe de la Ponencia, sin embargo, la iniciativa caducó como consecuencia de la disolución de las cámaras¹⁸.

La segunda propuesta, presentada dos meses después de la anterior, se trata de la *Proposición de ley 122/000097 contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales*, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos, En Comú Podem y En Marea, el 12 de mayo de 2017¹⁹. Proposición

¹⁷ *BOCG*, de 3 de marzo de 2017, serie B. núm. 91-1, pp. 1-4.

¹⁸ *BOCG* 27 de marzo de 2019, núm. 519.

En relación con la legitimación para instar registralmente el cambio de sexo, en el Informe de la Ponencia se matizaba (frente a la redacción original de la proposición) entre la legitimación de los menores, mayores de 16 años, los menores entre 12 y 16 años y los menores de 12 años. En el primer caso la solicitud podría hacerse personalmente si se gozaba de capacidad legal suficiente. Entre los 12 y 16 años, por sí o mediante sus representantes legales, siendo necesario en el primer caso contar con el asentimiento de sus representantes legales o tutor. Y en cuanto a los menores de 12 años, mediante la representación de los padres o tutor con audiencia del menor. En caso de desacuerdo entre los menores y sus progenitores o representantes legales o entre ellos o con el menor, éste último podría efectuar la solicitud a través del ministerio fiscal, resolviendo el juez en procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor. Este es el sistema que parece seguirse en algún caso por los tribunales, como se puso de manifiesto en el Auto de la AP de Barcelona, de 3 de octubre de 2018 (JUR/2018/277621). El origen del mismo se encontraba precisamente en un supuesto de discrepancia en el ejercicio de la patria potestad entre los progenitores, respecto del hijo menor de la pareja, por considerar la madre que tenía la condición de transexual, sintiéndose niña, por lo que estimaba beneficioso el cambio de nombre a femenino en el Registro, mientras que el padre, aun reconociendo «cierta?» transexualidad del hijo, consideraba que tal condición podría remitir en la adolescencia por lo que se oponía al cambio de nombre solicitado. En el citado Auto, igual que en la sentencia de instancia se estima la demanda interpuesta por la madre a la vista de los informes médicos presentados en el procedimiento, entendiéndose que ello resultaba lo más beneficioso para el interés superior del menor.

¹⁹ *BOCG*, serie B, núm. 122-1 de 12 de mayo (https://www.congreso.es/es/proposiciones-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XII&_iniciati

también caducada por disolución de las Cámaras y cierre de la Legislatura.

En este caso la regulación era más ambiciosa que la anterior. No solo proponía la modificación de los artículos 1 y 4 de la ya citada Ley 3/2007, en un sentido parecido a la presentada por el Grupo Socialista, sino que también, siguiendo la estela de las leyes de Identidad de Género o protectoras de las personas LGTBI de las CCAA, regulaba otros aspectos colaterales vinculados directamente con la intención protectora de las personas LGTBI. En ella se regulaban protocolos específicos en relación con las personas intersexuales y abordaba cuestiones vinculadas con la atención médico-sanitaria de transexuales e intersexuales²⁰.

vas_id=122%2F000097 (última consulta 2 de febrero de 2024). Concluido el trámite para Informe de la Comisión de Igualdad.

²⁰ La base de dicha *Proposición era, igualmente, la despatologización de la transexualidad* (art. 20.3) como *base de los principios rectores de la atención sanitaria de las personas transexuales y transgénero*: «*La atención sanitaria se basará en una visión despatologizadora, es decir, en la consideración de que la vivencia transexual y transgénero no es una enfermedad, un trastorno o anomalía, sino que forma parte de la diversidad humana. Los profesionales de la salud realizarán un acompañamiento de la persona en el desarrollo de su identidad sentida. Estará vetada cualquier prueba, exploración o test psicológico o psiquiátrico para determinar la condición de persona transexual o transgénero, así como cualquier práctica médica que limite o coarte esta libertad*».

Esta vertiente se sitúa en la línea de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad *ex artículo 7.1 b)*, conforme al cual la *Proposición se inspiraba en «el derecho al libre desarrollo y reconocimiento de la personalidad que incluye el derecho de cada persona a construir su propia autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, género y su orientación sexual y a ser tratada con respecto a la misma. La orientación sexual e identidad de género forman parte de los derechos personalísimos que se basan en los derechos fundamentales a la dignidad y a la libertad. Ninguna persona podrá ser presionada para ocultar, modificar o negar su orientación sexual, expresión o identidad de género»*.

Por otro lado, también se recogía el derecho de los menores de edad a la rectificación de su sexo en el registro, permitiendo a partir de los 16 años prestar por sí mismos el consentimiento informado para acceder a la reasignación sexual quirúrgica. Y a partir de la pubertad se recogía la posibilidad de prestar por sí mismos el consentimiento informado para acceder a los bloqueadores hormonales y al tratamiento hormonal cruzado (art. 20 bis.2). Igualmente se establecía un protocolo en materia de intersexualidad, velando por la erradicación de las prácticas de reasignación sexual de los recién nacidos, salvo indicaciones médicas para proteger la salud del recién nacido (art. 21).

Se establecía igualmente un sistema especial de protección en el ámbito educativo (Cap. VII) recogiendo expresamente el derecho a la identidad sexual y de género (art. 44) y la posibilidad de exteriorizar el género sentido como cauce de identificación administrativa en censos, calificaciones, listados- conforme al nombre elegido por alumnos y profesores, tanto en la educación primaria y secundaria como en el seno de las Universidades (art. 46). Dentro de las medidas en el ámbito de la infancia y la juventud (Cap. IX) se recogía «*el derecho de los y las menores a desarrollarse física, mental y socialmente de forma saludable plena, así como en condiciones de libertad y dignidad. Ello incluye la autodeterminación y el desarrollo evolutivo de su propia identidad y expresión de género y el derecho a utilizar libremente el nombre que hayan elegido*» (art. 52).

La *Proposición de Ley* dedicaba su Capítulo XVIII a las Transidentidades e Intersexualidad, reconociendo el derecho humano a la autodeterminación de la identidad de género sin injerencias ni discriminaciones (art. 76), así como al reconocimiento de su identidad de género libremente determinada y a ser tratadas conforme a la misma, con independencia de haber obtenido o no su reconocimiento legal (art. 77). Igualmente se establecía

Nuevamente en 2018, exactamente un año después de la primera proposición de ley mencionada, se presentó la *Proposición de ley 122/000191 sobre protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género*, presentada igualmente por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos, En Comú Podem y En Marea, de 2 de marzo de 2018²¹. Proposición igualmente caducada por el cierre de la legislatura.

Ya dentro de la pasada legislatura (XIV) se volvieron a presentar dos Proposiciones de Ley, en diciembre de 2020 y marzo de 2021 y el Anteproyecto de Ley presentado por el propio Gobierno de la Nación en junio de 2021. La primera proposición, presentada por el Grupo parlamentario de Ciudadanos²² como *Ley Orgánica de la igualdad social de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, de protección de la realidad trans y de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales*. La segunda (122/000133), presentada por los grupos parlamentarios Republicano y Plural (26 de marzo de 2021)²³, como *Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans*. Ambas fueron rechazadas en el Parlamento. Ambas, con mayor o menor extensión partían del reconocimiento del derecho a la libre identidad y expresión del género sentido o del derecho a la identidad de género libremente manifestado (arts. 6 y 5 de los respectivos textos señalados), de la despatologización de la transexualidad, transidentidad e intersexualidad

el derecho a la determinación de la identidad de la persona en todos los documentos que la deban acreditar (art. 85).

²¹ *BOCG*, serie B, núm. 220-1, de 2 de marzo de 2018. Dicha Proposición regulaba nuevamente aspectos abordados en la Proposición de Ley anterior del mismo grupo parlamentario, así como las abordadas en la Proposición presentada en 2017 por el Grupo Parlamentario Socialista en relación con la posibilidad de rectificación del nombre y sexo de las personas transexuales, incluso en la minoría de edad (art. 7) dentro del ejercicio del derecho de autodeterminación, permitiendo el acceso a partir 16 años (art. 7.1) y antes de dicha edad atendiendo a su madurez (capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de dicha decisión) o por sus representantes legales tras haber escuchado su opinión conforme a lo dispuesto en el artículo 9 LOPJM. Establecía igualmente (de forma diferente a la propuesta del PSOE) que, en caso de discrepancia con uno de los progenitores o representantes del menor, le correspondería al otro adoptar la decisión correspondiente y, en caso de discrepancia de ambos con el menor, se le nombraría a este un defensor judicial (art. 7.3). Por otro lado se proponía igualmente, en la línea de las anteriores proposiciones, la despatologización en el tratamiento de la transexualidad para proceder al cambio de sexo, no siendo necesario, para solicitarlo, la previa exhibición de informe médico o psicológico alguno, ni la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole, sin perjuicio del derecho de las personas trans a hacer uso de dichos medios (art. 7.4).

²² *BOCG* 132-1 de 4 de diciembre de 2020.

²³ *BOCG* núm.156-1, de 26 de marzo de 2021.

(art. 7 y 12 de los respectivos textos propuestos), así como el reconocimiento del derecho al cambio de sexo a los menores de edad siguiendo en este punto la doctrina ya expuesta por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional al respecto, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 3/2007.

Escasos meses después se presenta *el Anteproyecto de Ley para la igualdad efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI* (Aprobado en el Consejo de ministros, de 29 de junio de 2021²⁴), de la mano del Ministerio de Igualdad, en el seno de un Gobierno de Coalición entre el PSOE y Unidas Podemos) que será la base del Proyecto de Ley Presentado a las Cortes en junio de 2022, aprobado como Ley en febrero de 2023, pocos meses antes de la disolución anticipada de las Cortes y cierre de la XIV Legislatura el 29 mayo de 2023²⁵. En el Anteproyecto, en esencia, se parte de la despatologización de la transexualidad y del derecho a la autodeterminación del género (modificando y derogando con ello la incompleta Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas). Con un contenido mejorable se trataba de dar una regulación amplia de las medidas protectoras de las personas trans, desde el ámbito administrativo, laboral, de educación, salud, cultura, ocio y deporte, comunicación social, familiar o protección internacional, en la línea que ya, dentro del ámbito de sus competencias venían realizando algunas CCAA. Igualmente, se extendía la protección a los menores de edad resolviendo sobre el acceso al cambio de sexo de estos, a partir de los 12 años, con un tratamiento diferente entre dicha edad y los 16 años, a partir de los cuales se legitimaba a los menores a adoptar la decisión.

El Anteproyecto, por tanto, giraba igualmente alrededor de una idea esencial, el derecho a la autodeterminación del género y a la rectificación registral del sexo de la persona, en ningún caso condi-

²⁴ Disponible en: <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Paginas/2021/apl-igualdad-efectiva-persona-trans-derechos-lgtbi.aspx> (ultima consulta 2 de octubre de 2021).

²⁵ Vid. ESTEVE ALGUACIL, Laura y NONELL I RODRIGUEZ, Arnau, (2021) «Análisis del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI», *InDret* 3, 2021, pp. 267 a 289. Los autores analizan con detalle el contenido del Anteproyecto y, en cuanto conviene resaltar en este momento, parten del origen sociopolítico del documento, que arranca como bien señalan del acuerdo de gobierno entre el PSOE y Unidad Podemos de 30 de diciembre de 2019, (punto 5.12) del compromiso de aprobar, entre otras, una ley contra la discriminación de las personas LGTBI así como una ley trans para erradicar todas las formas de discriminación en todos los ámbitos (<https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>) (fecha de consulta personal 2 de septiembre de 2021).

cionado a la existencia de previos informes médicos o psicológicos ni a la previa exigencia de modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole (art. 37.4).

III. CONTENIDO DE LA LEY 4/2023. LOS CAMBIOS ESENCIALES EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN ANTERIOR

El cambio más relevante de la nueva legislación se produce con la despatologización de la transexualidad y el reconocimiento del derecho a la autodeterminación del género conforme al sentimiento personal al margen de la existencia de tratamientos y valoraciones médicas o psiquiátricas y psicológicas. Como ya se ha señalado, en el ámbito de determinadas CCAA ya se había venido implantando la posibilidad de que los transexuales, mayores o menores de edad, pudieran identificarse, en el ámbito de sus competencias conforme al género sentido creando la posibilidad de expedir documentación administrativa propia y al margen de su identificación registral²⁶. Constituye también una novedad legislativa la posible rectificación posterior de la inscripción registral del sexo, ampliándose ahora ya este derecho a los menores de edad a partir de los doce años. Significativa es igualmente la regulación expresa de la prohibición de las terapias de conversión y el reconocimiento y protección de los derechos de las personas intersexuales.

²⁶ Vid. al respecto BENAVENTE MOREDA, Pilar, «Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor» *RJUAM*, núm. 38, 2018-II, pp. 273-316, en concreto pp. 306 ss. ALBENTOSA DEL RÍO ya manifestó la relevancia de la normativa autonómica, precisamente por el hecho de ser ésta la que abordaba por primera vez la situación de los menores transexuales («Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y en la legislación española», *REDC*, 107(2016), pp. 159-164. Disponible: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.10705>. Además de lo indicado la relevancia de la regulación autonómica también se encuentra en el hecho de que una parte significativa de las cuestiones que afectan a las personas transexuales es objeto de competencia autonómica, ELVIRA PERALES, A., «Transexualidad y derechos», *RGDC*, 17, 2013, (Monográfico *El movimiento LGTB en perspectiva constitucional*, ELVIRA PERALES, A., MATÍA PORTILLO, J., ARROYO GIL, A., coord.), p. 25. No obstante, PLATERO MÉNDEZ se manifestaba crítico con la posición legislativa de las CCAA ante la ausencia de protocolos comunes de atención a menores y jóvenes trans, lo que creaba un claro panorama muy heterogéneo, sobre todo teniendo en cuenta que la legislación estatal sobre la materia, ante la ausencia de una ley integral, decía muy poco sobre la intervención psicosocial de los menores, regulando tan solo el acceso a la cirugía para los mayores de edad (PLATERO MÉNDEZ, R., «Transexualidades. Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos», 2.ª ed., Barcelona, Bellaterra ed., 2014, p. 173). Sobre el proceso de despatologización en la transexualidad resulta imprescindible, analizar igualmente los argumentos y planteamientos de DE LORA DEL TORO, P. «Lo sexual es político y jurídico» (2019), Alianza Editorial, pp. 179-196.

Obviamente no es este el contenido exclusivo de la Ley, que con mayor o menor éxito trata de ser una «Ley Integral» que va más allá de la regulación parcial que supuso la Ley 3/2007, de rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que regulaba exclusivamente los requisitos necesarios para cambiar de sexo en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se correspondía con su verdadera identidad de género. La derogada normativa tan solo contemplaba además algunos de los efectos de tal rectificación, como el cambio de nombre y el reconocimiento de los derechos inherentes a la nueva condición y mantenimiento de la titularidad de derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

Es evidente que, frente a la legislación derogada, donde se regulaba una rectificación legal del sexo registral, vinculada al cambio físico de la persona (aun prescindiendo para ello de la exigencia de cirugía de reasignación), la vigente legislación atiende más a la realidad de la identidad de género sentido que a la realidad sexual biológica de la persona sin marcar la diferencia entre sexo y género en tanto en cuanto lo que adquiere relevancia legal es la posibilidad de cambiar de sexo en el registro atendiendo a la identidad de género sentido. Esto es quizás una de las cuestiones objeto de mayores críticas por parte de algunos sectores de nuestra doctrina.

La nueva legislación afronta, junto con el contenido anterior, toda una serie de normas comprensivas de lo que podemos denominar «colateralidad esencial» del reconocimiento del derecho reconocido: A través de sus cuatro títulos se abordan (Título I) los criterios de actuación de los poderes públicos estableciendo: a) Los criterios y líneas de actuación de los poderes públicos y órganos de participación ciudadana (Cap. I), b) Las políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas trans (Cap. II), incluyendo medidas en el ámbito administrativo, laboral, de la salud, educación, cultura, ocio y deporte, medios de comunicación social e internet, familia, infancia y juventud, la acción exterior y protección internacional, en el medio rural, ámbito del turismo. Se regula, en su *Título II*, aparte de los criterios y reglas fijados para proceder a la rectificación registral de la mención del sexo de las personas y adecuación documental (Cap. I) el sistema de políticas públicas a seguir para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans, entre las que, junto con las líneas generales de actuación se establecen medidas en el ámbito laboral, de la salud y educativo para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans. En su *Título III* se establece el sistema de protección efectiva y reparación frente a la

discriminación y la violencia por LGTBIfobia y el Título IV aborda las Infracciones y sanciones.

En definitiva, la Ley Trans ha tratado de abordar y desarrollar todos los aspectos que puedan llevar a garantizar con plenitud los derechos de las personas LGTBI con la mayor amplitud en todos los ámbitos de actuación (administrativa, laboral, de la salud, educación, cultura, ocio y deporte, comunicación, familia, infancia y juventud y otros ámbitos).

Si bien de la lectura de todos estos aspectos a los que la doctrina ha aludido ya al analizar el Anteproyecto de Ley²⁷, se derivan mayoritariamente declaraciones meramente programáticas con un escaso recorrido normativo si no van acompañadas de un desarrollo reglamentario y presupuestario adecuado. Pero la pretensión del legislador fue dar la mayor cobertura a los derechos de las personas LGTBI.

Abordamos a continuación los aspectos más relevantes mencionados.

1. TRATAMIENTO DE LA TRANSEXUALIDAD

1.1. Despatologización, derecho a la autodeterminación de género

La Ley Trans modifica radicalmente el contenido y esencia de la ya derogada Ley 3/2007, reguladora de la rectificación de la mención registral del sexo de las personas, al establecer la *despatologización absoluta de la transexualidad*, e introducir el derecho a la autodeterminación de género, conforme a la voluntad libremente manifestada, como criterio de modificación del sexo en el Registro Civil. Se amplía igualmente la legitimación a los menores de edad para rectificar registralmente su sexo como veremos después y, en consonancia con todo lo anterior se deja de exigir para la rectificación, la existencia de diagnóstico de «disforia de género», el cambio físico o la exigencia de tratamiento médico o psicológico de tipo alguno.

²⁷ ESTEVE ALGUACIL, L y NONELL I RODRÍGUEZ, A., «Análisis del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI». *InDret* 3, 2021 (online). También al Anteproyecto de ley se refirió muy críticamente DE LORA DEL TORO (2021) al hilo del estudio de situaciones y realidades concretas sobre las que se plantea dudas sobre la esencia del contenido del entonces Anteproyecto de Ley (¿Se puede cambiar de sexo? ¿Es la identidad de género un derecho? ¿Qué es una mujer? ¿Cómo se puede ser no binario?) La lectura del trabajo de De Lora es imprescindible para entender y discutir sobre el alcance y sentido de la Ley trans y sus planteamientos. Se coincide o no con los argumentos.

Se rompe por tanto de manera absoluta con las exigencias de la Ley 3/2007, conforme a cuyos artículos 1 y 4 se exigía la mayoría de edad, el diagnóstico de disforia de género y la existencia de un tratamiento previo hormonal y médico durante al menos dos años para acomodar las características físicas a las del correspondiente sexo reclamado.

Ello no impide, ni mucho menos, que se pueda llevar a cabo tal transformación física e incluso cirugía de reasignación para adecuar el aspecto físico con la identidad de la persona y que las personas transexuales transiten físicamente a través de los correspondientes tratamientos médicos, lo que se evidencia de la exigencia legal (art. 56 LT) de la atención sanitaria integral a las personas trans. Ello vinculará dichos aspectos sanitarios, en cuanto a la exigencia del consentimiento informado, con el sometimiento a las reglas de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LAP) (art. 57 LT)²⁸.

Por otro lado, y frente a las demandas de determinados sectores de la sociedad y el debate abierto incluso en el Parlamento, sobre la posibilidad de admitir el género no binario, se mantiene no obstante dicho binarismo²⁹.

Si bien esta opción del legislador solo se manifiesta de forma clara al referirse a la intersexualidad, en el artículo 3 g), fuera de los márgenes socialmente establecidos de los cuerpos «masculinos o femeninos», lo que resulta curioso por ser el único supuesto en que se desprende, como veremos, la existencia de una opción registral al nacer, diferente a la masculina o la femenina, que sin embargo no implica el reconocimiento del género no binario ni mucho menos. Igualmente, el artículo 46.4 habla por primera vez del tránsito del masculino al femenino o al revés.

Sin embargo, de la lectura del articulado completo de la ley, podría perfectamente llegarse a la posibilidad de introducir esta tercera opción, aunque es obvio que el legislador no se mueve en la ambigüedad, que sin embargo existe en la legislación argentina, por ejemplo, donde se ha admitido jurisprudencialmente el reconocimiento del género no binario³⁰.

²⁸ BOE núm. 274, de 15/11/2002

²⁹ Otros ordenamientos como el argentino o el colombiano han reconocido el no binarismo a través de la interpretación de sus propios textos legales o por vía jurisprudencial y, como se verá en el apartado correspondiente al análisis del Derecho comparado, viene siendo admitido en la práctica registral de dichos países.

³⁰ En «Un apartamento en Urano. Crónica del cruce» (Anagrama, 2019), Paul B. PRECIADO relata el proceso de transformación del filósofo, cuya condición de persona trans considera una nueva forma de uranismo (concepto forjado por el primer activista sexual europeo, Karl-Heinrich Ulrichs, en 1864 para definir el «tercer sexo»). Preciado cuestiona

Un paso decisivo a favor de la *despatologización de la transexualidad* se produjo cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) tras la publicación del CIE-11 en julio de 2018, la eliminó del capítulo sobre trastornos mentales y del comportamiento trasladándola a la de «condiciones relativas a la salud sexual» al referirse a la transexualidad como «disforia de género», lo que ya suponía un aval de despatologización³¹. Así se refleja expresamente en el artículo 44.3 LT, al desvincular la solicitud de rectificación del sexo de las personas de la previa exhibición de informe médico o psicológico y de la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.

Ello nos sitúa en esencia ante el reconocimiento de un derecho a la *autodeterminación del género*, que se introduce de lleno en la normativa, como derivado de la despatologización y como manifestación del sentimiento y convicción propia de no pertenecer al sexo asignado con el nacimiento³².

Por ello, en consonancia con lo anterior, para cambiar el sexo en el Registro será suficiente con la presentación de la solicitud de rectificación registral del mismo, en la que se manifieste la discordancia entre el género sentido y el sexo asignado al nacer (con las matizaciones que se establecen respecto de las solicitudes presentadas por los menores de entre 12 y 14 años). Ello supone vincular la conducta con la prestación del consentimiento como manifestación del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, no tanto porque pueda considerarse que el cambio de sexo suponga un mero acto

las normas políticas y las fronteras. Afirma en las primeras páginas de su ensayo: «No soy un hombre, no soy una mujer. No soy heterosexual. No soy homosexual. No soy tampoco bisexual. Soy un disidente del sistema sexo-género... () Soy un uranista en los confines del capitalismo tecnocientífico.» (pp. 25-26.)

³¹ En tal sentido se manifiesta el Preámbulo de la Ley (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023, p. 30452) y se refleja expresamente en su articulado, al reconocerse de manera expresa en su artículo 44.3 al desvincular la solicitud de rectificación del sexo de las personas de la previa exhibición de informes médicos o psicológicos ni la previa modificación de la apariencia física a través de tratamientos médicos o quirúrgicos.

³² Hablamos de autodeterminación de género, aunque sin embargo la realidad jurídica ante la que nos enfrenta la LT es la del cambio de sexo, la rectificación registral del sexo de la persona tal y como aparece en el RC. La diferencia entre sexo y género es algo que ha sido destacado por la doctrina y a lo que ya hice sobrada referencia en otras ocasiones y que sigue dando pie a la doctrina a manifestar esa diferencia en base, en esencia, a la consideración del género como un constructo social al margen de la biología. En este sentido precisamente, Pablo de Lora, se cuestiona expresamente ¿por qué lo llaman «género» cuando quieren decir «sexo»?; si bien su planteamiento precisamente parte de la adecuación de recurrir al «sexo» y no al «género», analizando las que, en su opinión, son las causas de hablar del género (evitar el riesgo de incurrir en el esencialismo biológico, que históricamente ha operado al servicio de una agenda misógina, porque se abraza la idea de que el sexo no es dicotómico y finalmente movidos por una pretensión moral de ser más inclusivos con las personas trans). DE LORA DEL TORO, P. (2021), *El Laberinto del género. Sexo, identidad y feminismo*, Alianza, pp. 24 ss.

enmarcado como meramente volitivo, de querer ser de otro sexo diferente, fruto del juego de la autonomía de la voluntad, sino como manifestación del sentimiento o convicción de serlo, unido a la declaración de voluntad a través de la cual se articula todo el proceso de cambio.

El hecho de que no exista condicionante alguna para solicitar la rectificación registral del sexo, más allá de manifestar la disconformidad con el asignado al nacer, ha sido fuertemente criticado por los detractores del cambio legal, desde diferentes posicionamientos, bien por considerar que podría conducir al borrado de las mujeres, bien por entender que con tal reconocimiento «meramente volitivo» se crea una situación de inseguridad jurídica que favorece el fraude, en manos de quienes puedan utilizar tal opción exclusivamente para beneficiarse de derechos reconocidos exclusivamente a las mujeres.

Sin embargo, el legislador ha previsto de forma clara, aunque no absolutamente completa, dentro de los efectos de la rectificación de la mención del sexo en el registro, en su artículo 46, las limitaciones y extensión de sus efectos en relación con la aplicación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, así como en relación con la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Aunque ello no siempre podrá evitar el fraude o intento de actuación fraudulenta, que sin embargo no puede servir de argumento para rechazar de plano la normativa³³

Ni el Anteproyecto ni la vigente Ley Trans incluyen, sin embargo, en ningún momento, la expresión «autodeterminación»³⁴, que sí aparecía en el Borrador de Ley presentado en febrero de 2021, en los textos de algunas de las leyes de Identidad de género autonómicas, así como en las diferentes Propositiones de Ley a las que ya se ha hecho referencia. Son los artículos 43 y 44 de la LT los que introducen claramente ese derecho, de la mano de la regulación de las exigencias para proceder formalmente a la rectificación registral del sexo, pero sin hablar expresamente de autodeterminación³⁵.

En cualquier caso, debo insistir en que el cambio de sexo que permite la LT, puede llevar aparejado o no una transformación física de la persona. Por ello debemos tener presente que la rectifica-

³³ Sobre el particular, DE LORA (2021), pp. 58 y, especialmente, p. 116.

³⁴ Aunque es cierto que en determinados preceptos (arts. 19.1 o 56 LT) se establece como base de la actuación de los poderes públicos o la atención sanitaria de las personas trans, el respeto a «los principios de no patologización, autonomía, decisión y consentimiento informados, entre otros.»

³⁵ Ya en relación con el Anteproyecto de Ley, ESTEVE ALGUACIL y NONELL RODRÍGUEZ señalaban que, pese a la apuesta del legislador por la autodeterminación de género, no se establecía de manera clara como un principio rector de la Ley, sino que debía inferirse del entonces artículo 37.4 (ob. cit., pp. 278-279).

ción registral del sexo puede vincularse con la exigencia de dos tipos de consentimiento distintos, dependiendo de si se llevan a cabo tratamientos médicos, hormonales o incluso cirugía de reasignación o no. La LT exclusivamente regula y recoge el consentimiento y circunstancias de cómo se ha de prestar (sobre todo y en esencia respecto de los menores de edad) para la rectificación registral del sexo en el RC, pero no el exigido para cambiar físicamente de sexo, donde entrarán en juego los artículos 8 y 9 de la LAP de 2002, ley que si bien es mencionada en la LT, no ha sido objeto de adecuación a los efectos de acomodar ambos tipos de consentimiento que pueden colisionar en el caso, como señalo, del ejercicio de rectificación del sexo (registral y físico) por parte de las personas menores de edad³⁶.

El reconocimiento de la autodeterminación del género nos conduce en alguna medida, como ya se ha apuntado, a dar una relevancia al valor del consentimiento y por tanto a la autonomía de la voluntad en un ámbito de tal relevancia como es el de la construcción de la identidad personal, hasta ahora inimaginable.

Ello nos ha ido situando indefectiblemente ante el debate sobre los límites a la autonomía de la voluntad cuando fruto del mero ejercicio de la misma, sin más requisitos que la mera manifestación de voluntad, se puede cambiar legalmente de sexo (aunque no se nos olvide, de la mano no de un mero voluntarismo o deseo de «ser de un sexo determinado» sino del sentimiento y convicción de no pertenecer al sexo asignado con el nacimiento, como manifestación del principio del libre desarrollo de la personalidad –art. 10 CE–, igualdad –art. 14 CE– e intimidad personal –art. 18 CE–).

Cierto que tal cambio legislativo, que se apoya técnicamente de una forma esencial en la autonomía de la voluntad y su manifestación, puede crear una situación de inseguridad jurídica, generadora de actuaciones fraudulentas en perjuicio de terceros y claramente discriminatorias, apoyadas un cambio de sexo que no requiere para su reconocimiento más que una mera declaración de voluntad³⁷. Sin

³⁶ Al respecto vid, en relación con la aplicación de los artículos 8 y 9 LAP, en el mismo sentido, CALAZA LÓPEZ, S., «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: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?», Laleydigital, La Ley 7668/2023.

³⁷ La autonomía de la voluntad ha entrado de lleno en ámbitos del derecho a la identidad personal y específicamente del derecho de la persona, hasta ahora impensables. Es posible determinar el nacimiento de una relación filiatoria derivada de la mera declaración de voluntad «procreacional» de convertirse en progenitor, en los supuestos de filiación derivada del uso de TRHA (así se reconoce en la vigente LTRHA de 2006 y ya lo reconoció igualmente el legislador en la anterior LTRA de 1988). Aunque con una cobertura y reconocimiento diferente, se ha llegado a validar el denominado «reconocimiento de complacencia» (como así lo vino a aceptar el propio TS en su sentencia de 15 de julio de 2015). La vigente LRC de 2011 prevé en su artículo 5 que cada persona tenga un registro individual en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás

embargo, aunque es evidente que, como en cualquier proceso en que entra en juego la autonomía de la voluntad, las posibilidades de fraude aumentan, ello no es ni mucho menos suficiente para justificar el rechazo. Se trata, creo, de manejar los instrumentos con los que la propia Ley cuenta y los previstos con carácter general en el ordenamiento jurídico para evitar actuaciones fraudulentas.

En definitiva, el debate que se ha abierto a partir de esta nueva reformulación del derecho a la rectificación registral del sexo de las personas no recae realmente sobre la posibilidad legal del cambio de sexo, cuestión ya superada legal y jurisprudencialmente en las últimas tres décadas³⁸, sino sobre la posibilidad de que esta se produzca de la mano de una declaración de voluntad vinculada exclusivamente con la autopercepción o autodeterminación del propio individuo³⁹. Ello igualmente nos conduce a plantear si tiene sentido

circunstancias en los términos de la propia ley. Dicho registro individual se abre con la inscripción del nacimiento o con el primer asiento que se practique. Por su parte, el artículo 6 completa la información anterior al regular que a cada registro individual abierto con el primer asiento se le asignará un código personal constituido por la secuencia alfanumérica generada por el Registro Civil, que será «única e invariable en el tiempo». Completando esta información y por lo que se refiere a la identidad de la persona, el artículo 44 LRC marca, a efectos registrales de la identidad de la persona, los elementos que la definen desde el nacimiento: la fecha, hora y lugar de nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito. (BENAVENTE MOREDA, 2013).

En este trabajo nos cuestionamos hasta qué punto la autonomía de la voluntad, en mayor o menor o menor medida, puede modificar esos datos vinculados con la identidad de la persona y, en qué medida uno puede contribuir o lo hace realmente a configurar su propia identidad y por tanto en qué medida la propia autopercepción individual puede/debe servir como elemento válido para alterar la «identidad» definida o marcada en el momento del nacimiento. Ello vendrá de alguna manera ciertamente condicionado por la invariabilidad objetiva de ciertos elementos que configuran tal identidad (si es que es cierta esa invariabilidad) y por la repercusión que frente a los derechos o situación de terceros tenga el desconocimiento de tal variabilidad. Son dos aspectos que, íntimamente unidos, han ido decantándose históricamente para admitir o no esa entrada del consentimiento, de la voluntad, para alterar datos aparentemente objetivos desde el nacimiento.

³⁸ Para ver la evolución *vid.* «Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)», en *Identidad, Derecho y Política. Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM-AFDUAM*, 17, 2013, ed. a cargo de A. López Castillo y C. Aguado Renedo; pp. 105-116; «Orientación sexual e Identidad de Género y Relaciones Jurídico-Privadas», *RGDC* núm. 17, 2013. Dedicado a las personas LGTB –ISSN 1886-6212–, pp. 1 a 75; «Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor». *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2018 (38), 273-316.

³⁹ De Lora del Toro compara las creencias religiosas, como manifestación de la libertad de expresión, con las de las personas trans, afirmando que todas las personas con creencias religiosas aprecian su identidad religiosa de manera no menos intensa que las personas trans. Sin embargo, apunta que desde el punto de vista externo de quien no es religioso, nuestro respeto hacia ellos no nos obliga a que adoptemos su perspectiva o creencia. Sin embargo, en el actual clima político, social y académico de muchos países, señala el autor, nada de todo lo indicado es permisible para las personas trans que «demandan ser aquello que sienten como su identidad de género». Todo lo que no sea abrazar los presupuestos de su reivindicación constituye transfobia. Y, para incurrir en esa fobia basta, señala, con afirmar que los hombres trans no son hombres o que las mujeres trans no son mujeres (De Lora del Toro, Pablo, «El laberinto del género. Sexo, identidad y feminismo» Alianza Editorial, 2021, pp. 17 y 18).

seguir manteniendo la asignación sexual de la persona en el momento del nacimiento⁴⁰.

La esencia del cambio se encuentra, por tanto, en la relevancia del consentimiento/autonomía de la voluntad para determinar el cambio de sexo en el Registro civil con todos los efectos legales. El debate que ahora cierra (de momento) la nueva «Ley Trans» quedó abierto desde el momento en que en el ámbito de las CCAA se comenzó a regular, dentro de sus competencias, la existencia de leyes de identidad de género en las que prevalece el derecho a la autodefinición o autodeterminación del género al margen de la exigencia de cualquier requisito médico, al menos para la identificación administrativa de la persona.

En todo caso debe indicarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley (Sec. 3.^a sobre medidas en el ámbito de la salud para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans) que el legislador, por mucho que se despatologice la transexualidad, no desatiende la atención sanitaria que ha de acompañar a las personas transexuales, ya que aunque el cambio de sexo no requiera para su reconocimiento legal de ninguna alteración física de la persona, ésta podrá llevar a cabo tal transformación y por tanto necesitar una atención sanitaria que requiere una atención sanitaria que deberá realizarse «conforme a los principios de no patologización, autonomía, decisión y consentimiento informados, no discriminación, asistencia integral, calidad, especialización, proximidad y no segregación, asegurándose en todo caso, en todo caso, el respeto de su intimidad y la confidencialidad sobre sus características físicas, evitando las exploraciones innecesarias o su exposición sin un objetivo diagnóstico o terapéutico directamente relacionado».

La duda en este punto, respecto del que comparto absolutamente el planteamiento, más no el resultado a que conduce el mismo, es si tal afirmación implica la inadmisión del cambio de sexo por la mera voluntad de quien se considera del sexo contrario al asignado por la naturaleza al nacer, siendo que en tales casos no cabría o no debería admitirse la rectificación registral del sexo, si no cabe admitir en modo alguno que el hombre trans/la mujer trans sean efectivamente hombre o mujer, o si, el hecho de la intransigencia de planteamientos, en ningún caso admisible, conduce necesariamente a la ausencia del reconocimiento de los derechos propios derivados de la rectificación del sexo.

⁴⁰ Marisa Herrera la denomina asignación «compulsiva», en la denominada por el Derecho argentino «ficha del recién nacido», cuestionándose si tal asignación llega a constituir en la actualidad y a la luz del derecho a la identidad un avasallamiento por parte del Estado (HERRERA, Marisa, «Identidad de Género, Binarismo y Feminismo», en *Mujeres y derechos. Una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género*. (Benavente Moreda –coord.–) Biblioteca de gobernanza y derechos humanos (6), cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, Marcial Pons, 2020, p. 244.

1.2. Reconocimiento del derecho a la autodeterminación de género de las personas menores de edad

1.2.1. LEGITIMACIÓN Y CONSENTIMIENTO PARA EL CAMBIO REGISTRAL DEL SEXO

El texto de la vigente LT legitima a las personas menores de edad para rectificar registralmente su sexo biológico. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la legitimación de las personas menores de edad se abre paso con la STC 99/2019, de 18 de julio por la que se declara la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 3/2007 que legitimaba para ello exclusivamente a los mayores de edad. Esta sentencia fue aplicada posteriormente por la STS 685/2019, de 17 de diciembre, dando paso en ese momento a legitimar a los menores de edad con «madurez suficiente» que acreditasen una situación estable de transexualidad.

Cierto es que la LT marca unos límites de edad que no se introdujeron por el TC en la sentencia de 2019 que atendía exclusivamente a la valoración de la madurez del menor mientras que el legislador, como ha hecho en otras muchas ocasiones, marca un procedimiento distinto dependiendo de la mayoría o minoría de edad del solicitante, atendiendo al dato objetivo de la edad pero sin atender exactamente al pronunciamiento del mismo que habló de la legitimación de los menores atendiendo a la «progresiva madurez» y «estado permanente de transexualismo».

El artículo 43 de la LT establece una amplia legitimación a los menores de edad. Y, aunque al procedimiento me refiero en otro apartado de este trabajo, aquí procede indicar que se establece una legitimación absoluta y sin ningún tipo de representación ni asistencia a partir de los 16 años. Las personas mayores de 14 y menores de 16 años podrán presentar la solicitud por sí mismas pero asistidas en el procedimiento por sus representantes legales, que, en caso de desacuerdo entre ellos o con el menor serán sustituidas por un defensor judicial nombrado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 235 y 236 CC. Las personas entre los 12 y 14 años podrán solicitar autorización judicial para modificar la mención relativa a su sexo en el Registro civil, de conformidad con lo dispuesto en los nuevos artículos 26 bis a 26 quinquies de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV).

Por lo que se refiere a las personas con discapacidad, podrán solicitar, con las medidas de apoyo que en su caso precisen, la rectificación registral de la mención relativa a su sexo.

En este momento y puesto que posteriormente dedicaré un apartado concreto a analizar el procedimiento de rectificación, me cen-

traré en resaltar la importancia del consentimiento prestado por las personas menores de edad teniendo en cuenta un aspecto que, desde mi punto de vista, no ha sido abordado de forma completa en la reforma legal de la LT.

1.2.2 CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES PARA EL CAMBIO FÍSICO DE SEXO. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Son dos los consentimientos que se manifiestan o se pueden manifestar en el proceso de rectificación registral del sexo de las personas, lo que cobra especial relevancia en el caso de los menores de edad. Por un lado, el requerido para rectificar el sexo en el registro, como hemos visto y, por otro, «el consentimiento informado» que se requiere para llevar a cabo cualquier intervención médica o quirúrgica sustancial al proceso físico de cambio de sexo que era el que, en mayor o menor medida se exigía la Ley 3/2007 ya derogada, o la legalidad vigente anteriormente para poder inscribir en el registro el cambio de sexo.

Respecto del *consentimiento informado* que se exigirá para los tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas, en su caso, la LT se remite a la LAP de 2002⁴¹ para someter el consentimiento que las personas transexuales hayan de prestar en relación con las medidas que les afecten en el ámbito de la salud (art. 57 LT). Quiere ello decir que una persona menor, de 16 años, podrá solicitar personalmente la rectificación registral de la mención de su sexo en el registro, pero el consentimiento para tratamientos hormonales o de otro tipo o cirugías de reasignación de sexo deberá someterse a lo dispuesto en el artículo 9 LAP.

Por ello, la primera cuestión sobre la que reflexionar se refiere fundamentalmente a la posibilidad o no de que el menor pueda prestar y en qué condiciones, su consentimiento no sólo a los tratamientos médicos destinados a una transformación física de su cuerpo acorde con la rectificación registral de su sexo o incluso sin haberse producido tal rectificación o la propia cirugía de reasignación. La segunda nos dirige directamente a analizar si tales tratamientos e incluso la cirugía de reasignación, han de ser objeto de cobertura a través del sistema público de Salud.

Queremos decir con ello, como se comentó más arriba, que no por despatologizar la transexualidad desaparecerá la posibilidad y

⁴¹ En concreto son aplicables los artículos 8 y 9 de la Ley 4/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación (BOE núm. 274, de 15/11/2002), actualizada a 1 de marzo de 2023.

opción de la persona transexual de proceder al tratamiento médico para acomodar su identidad sentida con la identidad física asignada por nacimiento, si bien plateamos si ello podría influir a la larga en la obligatoriedad o no de la cobertura sanitaria por el sistema público de salud al amparo de derecho a la salud constitucionalmente previsto en el artículo en el artículo 43 CE. Y, al mismo tiempo, al admitirse el cambio de sexo en el Registro civil sin exigencia de tratamiento médico alguno y por supuesto sin cirugía de reasignación, se «relativiza», si se me permite la expresión, la trascendencia de la posible e invocada irreversibilidad que para los menores de edad pudiera derivarse de los tratamientos médicos exigidos anteriormente para proceder al citado cambio, incluso sin exigirse como ya ocurre ahora mismo, la completa cirugía de reasignación.

En relación con el consentimiento informado exigido conforme al artículo 8 de la LAP, es obligada igualmente la referencia a su artículo 9, como ya se ha indicado, que regula los límites de dicho consentimiento y el consentimiento por representación. Dicho precepto permitía ya antes de la entrada en vigor de la LT (el 2 de marzo de 2023), prestar el consentimiento informado sin representación, a los mayores de 16 años en las actuaciones en el ámbito de la salud, *salvo cuando no fuera capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención o cuando se tratase de actuaciones de grave riesgo para la vida o la salud del menor*.

Ello obviamente afectaba y afecta a cómo se consideren al respecto los tratamientos hormonales, médicos y psicológicos exigido por la propia Ley 3/2007, *ex* artículo 4 para llegar a poder culminar de forma completa el tránsito hacia el sexo demandado al alcanzar la mayoría de edad⁴².

No es ajeno al debate sin embargo, y por tanto es algo que no puede obviarse, el planteamiento que desde muchos sectores ya se venía haciendo antes de la reforma que supone la LT, ante las posibles dudas acerca de la futura irreversibilidad de los deseos del menor durante la edad adulta, tal y como lo plantean autores como De Montalvo Jääskelainen, que analiza con profundidad el tema de la capacidad del menor transexual y las facultades de sus padres a la hora de adoptar decisiones acerca de los tratamientos médicos que han de permitirle optar por el

⁴² Vid. FERRER RIBA, J., y LAMARCA MARQUÉS, A., «The legal status of transgender and transexual persons in Spain,» in *The legal Status of Transsexual and Transgender persons*, (Scherpe, JM, ed), Intersentia, Cambridge (2015), pp. 268 y 269.

sexo sentido y para ello se centra, de nuevo, en el análisis del citado artículo 9 de la LAP⁴³.

⁴³ Conforme al vigente artículo 9.4 LAP, los menores emancipados o mayores de 16 años podrán prestar su consentimiento sin necesidad de representación, salvo cuando tengan la capacidad de obrar limitada y así conste en la correspondiente sentencia o salvo cuando no sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (en cuyo caso el consentimiento lo deberá prestar el representante del menor, oído a éste de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 LOPJM). Igualmente (art. 9.4 pfo. 2.º) deberá prestar el consentimiento el representante legal del menor cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor.

Sirva decir, en lo que respecta a la referencia a la capacidad de obrar limitada del menor de edad, que, si bien esta norma no ha sido modificada expresamente 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 (BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021), debe entenderse derogada en tanto en cuanto desaparece la modificación judicial de la capacidad.

Son por tanto varios aspectos los que pueden limitar la capacidad para prestar el consentimiento directo del menor, aun siendo mayor de 16 años: la ausencia de capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención y, por otro lado, el grave riesgo para la vida o salud del menor a criterio del facultativo. A la vista de lo indicado parece posible pensar que por estas vías pueda afectar al consentimiento el tipo de intervenciones médicas exigidas para la completa modificación corporal y física de la persona, pero no registral.

De Montalvo Jääskeläinen, tras analizar la modificación sufrida por el artículo 9 LAP, planteaba sus dudas en relación con los tratamientos hormonales en la medida en que puedan considerarse, por sus efectos, incluidos en el ámbito del artículo 9,4 como actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor, por lo que el menor no podría autorizarlos, aun siendo mayor de 16 años. Se refiere el autor a los tratamientos hormonales de segunda fase, por los riesgos asociados (esterilidad, entre otros y su posible carácter irreversible). Va más allá al considerar que en tal supuesto tampoco serviría suplir el consentimiento con la intervención de los padres, centrándose precisamente en la irreversibilidad o no de los deseos del menor (DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «Problemas legales acerca del tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad transexuales». *RGDC* núm. 24, 2017, pp. 27 ss.). Aborda el autor con mucha más profundidad en el tema del consentimiento de los menores transexuales en su monografía: *Menores de edad y consentimiento informado*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. pp. 285-300. El autor incide en su valoración del consentimiento del menor, no tanto desde la perspectiva del correcto o incorrecto consentimiento prestado por menores o sus representantes, sino en el dilema de si procede o no, atendiendo al interés superior del menor, el comienzo de un tratamiento de reasignación de sexo en edades muy tempranas. *Vid.* en concreto pp. 292 a 300, en las que se analizan minuciosamente las diferentes y posibles intervenciones destinadas al cambio de sexo definitivo (tratamientos farmacológicos –hormonales– y específicamente el hormonal de segunda fase, tratamiento quirúrgico, que el autor considera excluido claramente de la posible autorización por parte del menor mayor de 16 años y por tanto subsumible en el art. 9.4 de la Ley de autonomía del paciente). Estimaba De Montalvo igualmente que, en aquellos casos como el de la realización de la cirugía de reasignación tampoco podría suplirse la falta de capacidad del menor para consentir mediante el consentimiento prestado por los padres. La ausencia de evidencias en la literatura científica sobre la persistencia de la condición personal del menor a lo largo de la edad adulta aconsejaba según el autor no marcar excepción a lo dispuesto en el artículo 9.4.

Vid. igualmente en relación con el tema de las intervenciones médicas, Platero Méndez, R., que analiza con profundidad los tratamientos con bloqueadores hormonales durante la minoría de edad, como remedio, apunta, para quienes presenten malestar evidente. Igualmente debe pensarse en la repercusión que tales tratamientos pueden tener sobre la fertilidad futura de los jóvenes, especialmente sobre las mujeres trans (ob. cit., pp. 66-67). Analizaba igualmente con detalle López Gúzman (en 2016) los pros y los contras de las intervenciones médicas tempranas, no tanto desde el punto de vista de quiénes hayan de consentirlas, sino atendiendo a la conveniencia de estas para el desarrollo personal y emo-

1.3 Procedimiento para la rectificación del sexo

Para determinar el procedimiento establecido para la rectificación registral del sexo de las personas, debemos recurrir por un lado a los artículos 43 y 44 de la LT, en cuanto establece las reglas sustantivas para permitir la rectificación registral del sexo de las personas, así como las ulteriores modificaciones y criterios de legitimación. Por otro, resulta aplicable la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) de 2015, que es objeto de modificación por la Ley 4/2023 para regular el procedimiento de rectificación inicial y posterior cuando sea necesaria la intervención judicial⁴⁴.

Igualmente resulta esencial, en cuanto afecta al estricto proceso registral de rectificación, cuando no sea preceptiva la intervención judicial, la aplicación de la Instrucción de 26 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, «sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo regulada en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad

cional de los menores de edad. Interesante resultan por otro lado las valoraciones que realizaba el autor, ante lo que consideraba, una cierta contradicción de ciertos sectores en el tratamiento de la situación de los menores de edad trans frente a los menores intersexuales, ya que se evidencia que hay grupos proclives al cambio de sexo de los menores transexuales, mostrando sin embargo reticencias a las intervenciones tempranas en menores intersexuales. (LÓPEZ GUZMAN, J., *Transexualismo y salud integral de la persona*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp.137 a 146).

Vid. igualmente en relación con la interpretación del vigente artículo 9 de la Ley de Autonomía del Paciente, tras la redacción de este operada por las reformas de las leyes 8/2015 y 26/2015: ADROHER BIOSCA, Salomé, «La Salud y la Autonomía en la reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por leyes 8/2015 y 26/2015». *Derecho y Salud*, vol. 26. Extraordinario, XXV Congreso 2016/Ponencias, pp. 25-28; ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, «El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica». *Derecho y Salud*, vol. 26. Extraordinario, XXV Congreso 2016/Ponencias, pp. 142-149 o MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo, «Menores y tratamientos médicos», *Derecho y Salud*, vol. 26. Extraordinario, XXV Congreso 2016/Ponencias, pp. 12-21.

⁴⁴ La Ley 15/2015, de 20 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, es objeto de modificación en la DF 13.^a de la Ley 4/2023 en cuanto establece el cauce procesal a seguir, a través del procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, en aquellos casos en los que sea precisa la intervención judicial. En concreto se introduce un nuevo Capítulo I Bis «De la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de las personas mayores de doce años y menores de catorce» introduciendo los nuevos artículos 26 bis (ámbito de aplicación), 26 ter (competencia, legitimación y postulación), 26 quater (tramitación) y 26 quinquies (resolución).

Igualmente se introduce un nuevo Capítulo I ter, en el Título II «De la aprobación judicial de la nueva modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a una reversión de la rectificación de la mención registral», introduciendo los artículos 26 sexies (ámbito de aplicación), 26 septies (competencia, legitimación y postulación), 26 octies (tramitación) y 26 nonies (resolución).

real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI» 45.

Tres aspectos son los relevantes en este punto: los requisitos sustantivos, el cauce procesal judicial a seguir, en su caso, y el trámite administrativo/registral para hacer efectivo el ejercicio del derecho de rectificación señalado.

No obstante, los procedimientos administrativos o judiciales que ya hubieran sido iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la LT, se regirán por la normativa anterior (D.T. 1.^a), sin perjuicio de la aplicación a los mismos de los criterios y líneas generales de actuación de los poderes públicos y órganos de participación ciudadana (DT. 2.^a), si la persona interesada solicita del encargado del Registro la reconducción del procedimiento a esta nueva normativa, conforme a las instrucciones (ya en vigor actualmente) dadas por la Instrucción de 26 de mayo de 2023 de la DGSJFP ⁴⁶.

1.3.1 PROCEDIMIENTO JUDICIAL PREVIO DE AUTORIZACIÓN DE RECTIFICACIÓN REGISTRAL DEL SEXO DE MENORES ENTRE 12 Y 14 AÑOS

Conforme a lo previsto en el artículo 43 de la Ley 4/2023, se establece una amplia legitimación para solicitar la rectificación registral, otorgando esta posibilidad a toda persona de nacionalidad española a partir de los 12 años, debiendo hacer una referencia específica aquí, no sólo al procedimiento para instar el cambio de sexo por las personas menores de edad sino también a las personas con discapacidad que son igualmente concernidas en esta normativa⁴⁷.

⁴⁵ La citada Instrucción establece las directrices necesarias para fijar los cauces administrativos correspondientes: Competencia para recibir y resolver las solicitudes de rectificación registral; documentación que debe presentarse; procedimiento para la ratificación de la solicitud; resolución y régimen de recursos; reversión de la rectificación y finalmente la vía para la rectificación del nombre en el caso de los menores de edad. Igualmente se establecen los cauces para dar salida a las previsiones del artículo 74 de la Ley, en relación con la inscripción de las personas intersexuales. Se establece igualmente la regla específica a seguir en relación con los procedimientos de rectificación registral relativa al sexo de las personas ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 4/2023 (*BOE* núm. 132, SCC III, p. 79231, de 3 de junio de 2023).

⁴⁶ Una cuestión que nos planteamos en este punto es si cabe, una vez rectificado el sexo conforme a la legislación anterior (Ley 3/2007) volver a rectificar en el registro, conforme a las exigencias de la Ley 4/2023 para la primera rectificación o en su caso se aplicaría la regla de sucesivas rectificaciones y, por tanto, sometidas a procedimiento judicial de rectificación conforme a la LJV. Entiendo que este debería ser el cauce adecuado conforme al espíritu de esta segunda rectificación, o sucesivas, como veremos.

⁴⁷ Se siguen al respecto las exigencias derivadas de la STC 99/2019 de 18 de julio (RTC 2019/99) que consideró inconstitucional el artículo 1 de la Ley 3/2007 en tanto en cuanto no extendía la legitimación a los menores de edad. Si bien, tal referencia requiere un matiz en tanto en cuanto el TC, por un lado, establecía unas limitaciones derivadas de la necesidad de existencia de un estado estable de transexualidad a través de la existencia de disforia de género y, por otro lado, no fijaba unos límites concretos en cuanto a la edad de

Tan sólo los mayores de 14 años podrán tramitar su solicitud directamente ante el encargado del Registro Civil y solo los mayores de 16 años lo hacen sin necesidad de asistencia por parte de sus representantes legales. Entre los 12 y los 14 años la solicitud se tramita a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria y por tanto ante la autoridad judicial⁴⁸.

A partir de la vigente legislación se legitima a las personas de nacionalidad española, entre 12 y 14 años, para solicitar la autorización judicial para la modificación de la mención registral relativa a su sexo (art. 43.4). Esta modificación registral de su sexo, conforme al criterio de autodeterminación reconocido legalmente, podrá llevar aparejada la modificación física conforme al sexo/género sentido o no.

La autodeterminación, como ya se ha indicado anteriormente, hace innecesaria la transformación física, la exigencia de diagnóstico de disforia de género o de tratamiento médico alguno para llevar a cabo cualquier transformación física. Sin embargo, cuando esta se produzca durante la minoría de edad, el proceso deberá ir acompañado del cumplimiento de las exigencias que, conforme al artículo 9 de la LAP, se establecen para prestar el consentimiento informado a las intervenciones médicas que sean necesarias. Estamos por tanto ante la existencia de dos tipos de consentimiento diferentes, como ya se indicó: el requerido por la Ley 4/2023 para la rectificación registral del sexo y el consentimiento informado requerido por la LAP para llevar a cabo las intervenciones médicoquirúrgicas necesarias para la transformación física de adecuación al sexo modificado.

Como bien se ha indicado, la solicitud y correspondiente inscripción registral se tramita mediante procedimiento de jurisdicción voluntaria, resolviéndose mediante autorización judicial (arts.26 bis a 26 quinquies LJV de 2015, introducidos al respecto en la DF. 13.º de la LT).

La competencia le corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del solicitante y si no lo tuviera en territorio nacional en el lugar de su residencia habitual. La legitimación procesal (ex.

los menores de edad a los que se extendía la legitimación, sino en virtud de que se encontraran en una situación de «madurez» y suficiencia para afrontar tal rectificación. (Vid. en relación con el Anteproyecto de Ley los comentarios de ESTEVE ALGUACIL, L., NONELL I RODRIGUEZ, A., *ob. cit.*, p. 13

⁴⁸ El artículo 44 de la LT regula, de forma genérica «el procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo» por lo que pareciera que su contenido abarcaría tanto los supuestos de solicitud puramente registrales como los que requieren la previa autorización judicial. Sin embargo, dicha norma tan solo se refiere a los primeros supuestos que posteriormente se complementan con la regulación específica que establece la Instrucción de 26 de mayo de 2023 de DGSJFP.

art. 26.ter.2) se atribuye, siguiendo el criterio ya marcado por la Ley 4/2023, a la persona solicitante (entre los 12 y los 14 años), asistidas por sus representantes legales, que no representadas por ellos en tanto en cuanto se trata de un acto personalísimo sobre el que no cabe representación. Se remite la LJV en este punto a la aplicación de los artículos 235 y 236 CC conforme a los cuales se prevé el nombramiento de un defensor judicial, en cuanto pueda existir conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales o cuando el tutor no desempeñe sus funciones hasta que cese la causa que lo motivó.

En relación con la tramitación del expediente (art. 26 quater LJV), ha de indicarse que a) tiene un carácter preferente, b) no se exige la intervención de abogado y procurador, c) ha de tomarse en consideración de forma prioritaria el interés superior de la persona menor de edad.

En la solicitud, la persona legitimada manifiesta su disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y solicita autorización judicial para que se proceda a la correspondiente rectificación registral de la mención al sexo y, en su caso, al nombre que aparece en la inscripción. A la misma deberán acompañarse los medios documentales y testificales que acrediten el carácter permanente de la disconformidad con el sexo asignado con el nacimiento⁴⁹. En ningún caso se exige que tales documentos acrediten la existencia de disforia de género o tratamiento hormonal previo alguno. Admitida a trámite la solicitud se citará a comparecer al o la solicitante, a sus representantes legales y personas que considere el juez oportuno, así como al Ministerio Fiscal.

En relación con los medios de prueba, el juez podrá solicitar la práctica de aquéllas que estime necesarias para acreditar la madurez del menor y la estabilidad en su voluntad de rectificar registralmente la mención de su sexo. Podrán ser testigos en este expediente las personas mayores de edad sin limitación alguna de parentesco, tutela o afinidad en cualquier grado o incluso de amistad.

⁴⁹ ESTEVE ALGUACIL, L., NONELL I RODRIGUEZ, A., al analizar el Anteproyecto de Ley se manifestaban críticos con esta exigencia de prueba de permanencia en la disconformidad, considerando que con tal exigencia el Anteproyecto se desviaba del principio de autodeterminación. Para los autores el procedimiento de jurisdicción voluntaria en el caso de los menores debería tener el único objetivo de constatar la suficiente madurez del menor para entender la decisión.

BARBER CÁRCAMO, por su parte es muy crítica con el contenido probatorio que ha de aportarse por parte del solicitante, porque estima que resultará difícil para el juez que habrá de resolver, asegurarse de la persistencia y estabilidad de la decisión del menor sobre su identidad sexual sin el aporte de dictámenes médicos o psicológicos al respecto que sin embargo son inexigibles conforme a la exigida despatologización del proceso (En -CALAZA LÓPEZ, S., «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: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?. La ley digital La Ley 7668/2023 pp. 6 a 38

Por otro lado, el Juez debe facilitar al solicitante información sobre:

- a) Las consecuencias jurídicas de la rectificación solicitada y toda la información complementaria que proceda, en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades;
- b) La existencia de las medidas de asistencia e información a su disposición en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato y
- c) La existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir.

El expediente finaliza con la *Resolución* (art. 26 *quinqües* LJV) sobre la concesión o denegación de la aprobación judicial de rectificación registral del sexo del solicitante. La misma tendrá en cuenta, igual que durante todo el proceso, *el interés superior del menor, la voluntad estable de modificar su sexo en el registro y la madurez* para comprender el proceso de rectificación. Estos tres elementos resultan decisivos en todo el proceso y de alguna forma requieren ser tenidos en cuenta (sobre todo la voluntad estable de modificación) ante la posible reversión posterior de la modificación inicial⁵⁰.

Una vez concedida la autorización judicial, ¿es necesaria una tramitación posterior específica en el Registro civil?

Ni la Ley 4/2023 (art. 43.4), ni la modificada LJV (DF. 13.^a de la Ley 4/2023) (arts. 26 bis, ter, quater y quinqües) establecen la necesidad de presentar solicitud alguna en el Registro civil para trasladar a éste la resolución judicial, estableciéndose al respecto de forma clara y contundente que *«el testimonio de dicha resolución se remitirá al Registro Civil competente para proceder, en su caso, a la inscripción de la rectificación aprobada judicialmente.»* (art. 26 quinqües, ap.2 LJV).

Ello permitiría entender que dicho traslado deberá producirse, de oficio, por la propia autoridad judicial. Parece sin embargo abrir una cierta duda sobre la forma de proceder al respecto, el contenido de la Instrucción de 26 de mayo de 2023 de cuya directriz segunda

⁵⁰ Resulta importante tener en cuenta que, de estos tres elementos, que constituyen la base esencial de la valoración por parte de la autoridad judicial que resuelva la modificación de la mención del sexo del niño o niña entre 12 y 14 años, la existencia de una «voluntad estable de modificación» podría perder el elemento de «estabilidad» exigida si dentro del plazo de 6 meses de la rectificación inicial se solicita la reversión. Ello tendrá una mayor implicación si el proceso inicial fue acompañado al mismo tiempo de un proceso de cambio físico con las consecuencias de «irreversibilidad» que ello pudiera suponer. El proceso de reversión como veremos debe ser igualmente y en todo caso asumido por la autoridad judicial en expediente de Jurisdicción voluntaria.

(*Documentación que debe presentarse solo y exclusivamente*) parece desprenderse la exigencia de una nueva «tramitación de parte» ante el Registro Civil en cuanto se señala como documentación a presentarse (se entiende que por el o los solicitantes), que en el caso de los menores de entre 12 y 14 años, ha de entregarse «testimonio de la resolución judicial que autorice el cambio de la mención registral del sexo»⁵¹. En estos casos abogo sin embargo por la oportunidad del traslado «de oficio» por parte de la autoridad judicial en tanto en cuanto ya carece además de sentido inicial una solicitud «redundante» de rectificación registral del sexo en el Registro civil donde el sentido de la tramitación se encontraría en comprobar la realidad que ya judicialmente ha sido contrastada y valorada por la autoridad judicial. Por ello debería dejarse claro que, en tales casos, el trámite de incorporación del «testimonio de la resolución judicial» debería actuarse de oficio.

1.3.2 PROCEDIMIENTO REGISTRAL EXTRAJUDICIAL

El procedimiento para la rectificación registral del sexo sin necesidad de autorización judicial encuentra su regulación en la Ley 4/2023, desarrollado conforme a los cauces establecidos en la Instrucción de 26 de mayo de 2023 de la DGSJFPR que complementan lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 4/2023.

Se aborda por tanto a continuación: a) la legitimación para solicitar la rectificación registral del sexo (art. 43 Ley 4/2023) y, b) el procedimiento que ha de seguirse para ello (arts. 44 y 45 y DT 2.^a Ley 4/2023, así como las directrices, primera a cuarta, de la Instrucción de 26 de mayo de 2023).

En cuanto a la legitimación para solicitar la rectificación registral del sexo en el RC, esta le corresponde, conforme al artículo 43 de la Ley 4/2023, a los propios menores trans, que deberán hacerlo personalmente, pero con la asistencia de sus representantes legales. Esta representación se ostenta por quienes ejerzan la patria potestad (el o los progenitores) o los representantes legales (tutor o tutores). De la misma forma que en el caso de los menores entre 12 y 14 años, en caso de desacuerdo de los progenitores entre sí o represen-

⁵¹ Parece improcedente, por un lado, que, tras tramitar judicialmente el procedimiento de autorización de rectificación registral del sexo de los menores de 12 a 14 años, deba posteriormente presentar nueva solicitud ante el registro para aportar testimonio de la resolución, cuando el cauce para las inscripciones o rectificaciones que procedan en el registro tras una resolución judicial se hace a través del testimonio judicial de la propia resolución sin necesidad de actuación de parte. Si es ello lo que procede, en todo caso entiendo que sobraría el resto de la tramitación del proceso extrajudicial constituyendo tan solo el cauce la presentación del testimonio para su transcripción conforme el cauce que se matiza en la directriz primera de la Instrucción comentada.

tante legal, entre sí o con la persona menor de edad, se procederá al nombramiento de un defensor judicial según lo previsto en los artículos 235 y 236 CC (art. 43.2, 2.º de la Ley 4/2023). En este caso, obviamente, antes de tramitar la solicitud de la persona menor de edad ante el Registro será necesario el nombramiento del defensor judicial conforme se indica.

Por otro lado, toda persona de nacionalidad española, mayor de 16 años, podrá solicitar por sí misma ante el Registro Civil la modificación de la mención registral relativa a su sexo (art. 43.1 Ley 4/2023)

La tramitación de la solicitud en todos estos casos tiene carácter extrajudicial⁵², correspondiendo la resolución de éste al encargado del Registro civil y no a la autoridad judicial. Si bien el procedimiento y los cauces son diferentes, el contenido esencial del proceso es prácticamente idéntico al que se lleva a cabo ante la autoridad judicial. En este caso son de aplicación los artículos 44 y 45 de la Ley 4/2023, completados por la Instrucción de 26 de mayo de 2023 los que marcan el procedimiento.

Respecto de los procesos de rectificación registral que se encontraran en tramitación antes de la entrada en vigor de la Ley 4/2023, rige lo dispuesto en la DT 2.ª de la Ley 4/2023⁵³ conforme a la cual *«las previsiones del Capítulo I del Título II de esta ley serán de aplicación a todos los procedimientos registrales de rectificación de la mención relativa al sexo que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley si la persona interesada solicita del encargado del Registro Civil la reconducción del procedimiento a esta nueva normativa que se llevará a cabo según las instrucciones que a tal fin imparta la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública»* 54.

⁵² Sin perjuicio de lo dicho, el nombramiento de defensor judicial irá por los cauces del procedimiento correspondiente a su nombramiento cuando, conforme se acaba de indicar, deba ser nombrado ante el desacuerdo entre los progenitores entre ellos o con el menor (obviamente esto ocurrirá por tanto aunque exista acuerdo entre el menor y uno de los progenitores si el otro está en desacuerdo con ambos, o en los casos en los que ambos estén en desacuerdo con la decisión del menor). Este procedimiento será el establecido en el Capítulo II de la LJV (arts. 27 a 32) en el que se establece los cauces procesales para el nombramiento del defensor judicial, que será previo en todo caso a la tramitación registral correspondiente a la que hacemos referencia en este apartado.

⁵³ Se refiere a las rectificaciones registrales del sexo de las personas conforme a la Ley 3/2007, que, si bien no legitimaba a los menores de edad para hacerlo, sí habían podido solicitar la rectificación registral de su sexo en el Registro tras la STC de 2019 que declaró inconstitucional el artículo 1 de la citada Ley por exclusión de la legitimación de los menores de edad. Obviamente en estos casos los trámites de rectificación se habrían producido siguiendo los dictados de exigencia de la citada legislación de 2007 y por tanto vinculados a la existencia de disforia de género y tratamiento médico durante dos años.

⁵⁴ Completa esta disposición, la directriz octava de la Instrucción de 26 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo regulada en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la

De ello se extraen a continuación las siguientes indicaciones:

a) *La competencia para tramitar el procedimiento* le corresponde a la persona encargada de la Oficina del Registro Civil en la que se hubiera presentado la solicitud (art. 45 Ley 4/2023). Dicha solicitud (Dir. 1.^a IDGSJFP 26 de mayo de 2023), en todo caso, podrá presentarse en cualquier oficina del Registro Civil. No marca por tanto la competencia ni la tramitación del expediente ni el domicilio ni la residencia del solicitante.

b) *Tramitación* (art. 44 Ley 4/2023 y Directrices segunda a cuarta de la IDGSJFP). La solicitud, cuyo contenido en esencia consiste en la manifestación de disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento y su voluntad de proceder a la rectificación registral del mismo, podrá entregarse personalmente o por correo certificado. Podrá solicitarse al mismo tiempo un nuevo nombre propio, pero no necesariamente se viene obligado a ello siempre que se respeten los criterios ya mencionados de libre elección conforme a la LRC.

A la misma deberán acompañarse en su caso: a) Certificado literal de nacimiento de la persona interesada (salvo que dicho certificado pueda ser obtenido por la propia oficina de Registro), b) – DNI de la persona interesada y, cuando esta sea menor de dieciséis años, también el de su/s representante/s legal/es. y, c) en el caso de menores de entre 12 y 14 años, testimonio de la resolución judicial que autorice el cambio de la mención registral del sexo.

Más allá de la documentación de referencia, debe resaltarse que el ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconfor-

igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE 3 de junio de 2023):

«La disposición transitoria segunda de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, establece que las previsiones contenidas en el capítulo I del título II serán de aplicación a todos los procedimientos registrales de rectificación de la mención relativa al sexo que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la Ley si la persona interesada solicita del encargado/a del Registro Civil la reconducción del procedimiento a la nueva normativa.

Para hacer efectiva dicha previsión legal, se procederá de la siguiente manera:

– En los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley el 2 de marzo de 2023 en los que no concurran los requisitos establecidos por la legislación anterior, el/la encargado/a del Registro requerirá a la persona interesada –si esta no se hubiera pronunciado antes al respecto– para que declare si quiere acogerse a la nueva normativa. Una vez solicitada la reconducción del procedimiento, continuarán las actuaciones en el punto que corresponda de la secuencia descrita en la directriz tercera.

– Los procedimientos que se encuentren en vía de recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública se resolverán favorablemente si cumplen los requisitos de la normativa anterior a la nueva Ley. En caso contrario, la resolución que dicte la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública dejará sin efecto la resolución dictada por el/la encargado/a del Registro y se retrotraerán las actuaciones para que se proceda según lo indicado en el punto anterior».

midad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.

Recibida la solicitud se citará a la persona legitimada para que comparezca, asistida por sus representantes legales en caso en que esto sea procedente. En dicha comparecencia, la persona encargada del Registro Civil recogerá su manifestación de disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y su solicitud de que, en consecuencia, se proceda a la correspondiente rectificación.

En la comparecencia se deberá incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostente y ello sea conforme a los principios de libre elección del nombre propio previstos en la normativa reguladora del Registro Civil. En esta comparecencia, también podrá incluir la petición de traslado total del folio registral cuando a su inscripción de nacimiento le sea aplicable la LRC de 1957.

La persona encargada del Registro Civil informará a la persona solicitante de las consecuencias jurídicas de la rectificación pretendida, incluido el régimen de reversión, así como de las medidas de asistencia e información que estén a disposición de la persona solicitante a lo largo del procedimiento de rectificación registral en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato.

Igualmente, pondrá en conocimiento de la persona legitimada la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir.

En los casos en los que el solicitante sea menor de edad, todos los intervinientes en el procedimiento tendrán en consideración en todo momento su interés superior (en este caso menores, mayores de 16 años). La persona encargada del Registro Civil le facilitará la información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación solicitada y toda la información complementaria que proceda en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades.

Tras la información facilitada por la persona encargada del Registro Civil, la persona legitimada suscribirá, de estar conforme, la comparecencia inicial reiterando su petición de rectificación registral del sexo mencionado en su inscripción de nacimiento.

En el plazo máximo de tres meses desde la comparecencia inicial reiterando la solicitud de rectificación inicial, la persona encargada del Registro Civil deberá citar a la persona legitimada para que

comparezca de nuevo y ratifique su solicitud, aseverando la persistencia de su decisión⁵⁵.

Reiterada y ratificada nuevamente la solicitud, la persona encargada del Registro Civil, previa comprobación de la documentación obrante en el expediente dictará resolución sobre la rectificación registral solicitada dentro del plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de la segunda comparecencia.

El expediente finaliza por tanto con la *Resolución* sobre la concesión o denegación de la rectificación registral del sexo del solicitante. La misma tendrá en cuenta, igual que durante todo el proceso, el interés superior del menor, si lo fuera la persona solicitante, la voluntad estable de modificar su sexo en el registro y la madurez para comprender el proceso de rectificación. Estos tres elementos resultan decisivos en todo el proceso y de alguna forma requieren ser tenidos en cuenta (sobre todo la voluntad estable de modificación) ante la posible reversión posterior. La resolución será recurrible en los términos previstos en la normativa reguladora del Registro Civil, mediante la interposición de recurso de alzada ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

1.3.3 REVERSIBILIDAD DE LA RECTIFICACIÓN DE LA MENCIÓN REGISTRAL RELATIVA AL SEXO Y SUS CONSECUENCIAS

Abordan el tema de la reversibilidad el artículo 47 de la Ley 4/2023 y la directriz quinta de la Instrucción de la DGSJFP. Conforme al primero de los preceptos, *«Transcurridos seis meses desde la inscripción en el Registro Civil de la rectificación de la mención registral relativa al sexo, las personas que hubieran promovido dicha rectificación podrán recuperar la mención registral del sexo que figuraba previamente a dicha rectificación en el Registro Civil, siguiendo el mismo procedimiento establecido en este Capítulo para la rectificación registral.*

En el caso de que, tras haberse rectificado la modificación inicial, se quisiese proceder a una nueva rectificación, habrá de seguirse el procedimiento establecido en el capítulo I ter del título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria».

⁵⁵ Nada se dice, por razones obvias, sobre la necesidad de asistencia de los representantes legales ni de qué pudiera ocurrir si estos en este momento manifiestan su disconformidad con la ratificación de la persona solicitante. Entiendo que, en tal caso, de no haberse producido en la primera comparecencia, deberá nombrarse defensor judicial en la segunda comparecencia de ratificación. Tampoco se establece que pudiera ocurrir si el defensor judicial se manifiesta (¿puede?) en contra de la decisión de rectificación registral del sexo del solicitante.

El contenido de la Directriz antes citada reproduce básicamente lo señalado por el artículo 47 que acabamos de reproducir.

Complementa la LJV las reglas aplicables al proceso judicial de reversión en el nuevo Capítulo I, ter sobre «La aprobación judicial de la nueva modificación de la mención relativa al sexo con posterioridad a una reversión de la rectificación de la mención registral» a través de lo dispuesto en sus artículos 26, sexies a 26 nonies

A través de las normas señaladas se desprende: a) la posible reversibilidad de la rectificación registral, al menos, según parece, en dos ocasiones; b) El mantenimiento del binarismo en el proceso de reversión y c) La judicialización del proceso a partir de la que podríamos considerar «tercera rectificación».

Una vez que se ha producido una primera rectificación registral del sexo, quienes presentaron la solicitud inicial podrán «recuperar» (señalan tanto el art 47 de la Ley 4/2023, como la directriz quinta de la Instrucción) la mención que figuraba previamente en el Registro Civil. Esta rectificación necesariamente solo podrá hacerse transcurridos seis meses desde la inscripción de la primera rectificación.

De lo indicado se desprende, por tanto, que, frente a lo que se permite *de facto* en otros ordenamientos como el argentino, solo es posible moverse dentro del binarismo, entre el género femenino y el masculino (aunque lo que se rectifica, no se olvide, es el sexo, en el RC). No cabe en ningún caso, porque expresamente se excluye por la Ley, la rectificación hacia una inscripción no binaria.

En cuanto al procedimiento a seguir para esta rectificación, se produce una remisión expresa al mismo procedimiento que se hubiera seguido para la rectificación inicial. Resta por resolver, porque no lo hace el legislador, si esta remisión excluye la posibilidad de recurrir al proceso registral sin previa autorización judicial en los casos en lo que el primer proceso de rectificación se hubiera llevado a cabo por un menor de 13 años que, una vez transcurrido los seis meses exigidos para la reversión, tuviera ya los 14 años que le permiten recurrir directamente al proceso extrajudicial conforme hemos indicado anteriormente. Entiendo que en estos casos el proceso de reversión no debería ser el establecido en la LJV que requiere la aprobación judicial sino el marcado expresamente para los solicitantes de más de 14 años.

Por otro lado, el escenario que prevé expresamente el texto legal, ante posibles/nuevas rectificaciones, es el de permitir una «nueva rectificación» tras la segunda, «de recuperación» (aunque del tenor de la norma no se excluyen, entiendo, sucesivas rectificaciones). En este caso y puesto que la ley se mantiene dentro del binarismo, la única opción de reversión prevista implicaría volver al punto de par-

tida en el que el solicitante se encontraba cuando promovió la primera rectificación registral de su sexo, es decir, a la alteración sobre el sexo registrado al nacer, puesto que la segunda rectificación es a éste al que habría vuelto. Cualquier movimiento sucesivo tan sólo encajaría dentro de los márgenes del binarismo⁵⁶.

Ahora bien, nada se dice en este punto respecto de esta sucesiva rectificación, respecto de la exigencia del transcurso de plazo alguno entre la primera rectificación y la solicitud de una nueva que como indico, no limita numéricamente las posibles y sucesivas rectificaciones, admitidas de forma expresa sin embargo en otros ordenamientos jurídicos, donde quizás adquiriera más sentido la posibilidad de sucesivas rectificaciones si se admite la inscripción del género «no binario».

Sí se establece, sin embargo, de forma expresa y con independencia de cómo se hubiera iniciado el proceso de rectificación primario (si judicial o extrajudicial), la exigencia en tales casos de seguir el procedimiento de jurisdicción voluntaria establecido al respecto en los artículos 26, sexies a 26 nonies de la LJV conforme a la redacción que *ex novo* establece la Ley 4/2023 (art. 26 sexies LJV). Creo sin embargo que habría bastado con una remisión a las normas previstas para el procedimiento de aprobación judicial de la rectificación registral inicial, en los que se hace necesario el cauce de la autorización judicial, porque realmente se reproduce la argumentación ya señalada, si bien en este caso, la Ley resulta, curiosamente más esclarecedora, y contradictoria, todo sea dicho de paso, que la Instrucción de 26 de mayo de 2023 en tanto en cuanto se especifica que el testimonio de la resolución judicial se remite al registro para su inscripción, solventando la duda que anteriormente manifestábamos respecto de la necesidad de que sea el solicitante el que aporte testimonio de dicha resolución ante el Registro.

La *legitimación para tramitar el expediente* le corresponde a cualquiera de las personas legitimadas para instar la rectificación registral del sexo. Esto es, al primer solicitante, conforme se indicó anteriormente, con independencia de que deba ir acompañada la solicitud de la intervención de sus representantes legales o en su caso del defensor judicial conforme a las normas ya analizadas.

⁵⁶ Las posibilidades de reversión previstas legalmente, tanto la primera dentro de los seis meses siguiente a la rectificación, como las posteriores que se tramitarían a través del procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, han sido objeto de críticas por un sector de la doctrina que considera tal opción como una manifestación de la visión voluntaria, inestable, cambiante y fluida sobre la identidad sexual. Y se apunta que, aunque en el procedimiento judicial el juez pueda solicitar la práctica de cualquier prueba, no se expresa específicamente con qué finalidad (BARBER CÁRCAMO, R., En Calaza López S., ob. cit.) *Actualidad Civil*, núm. 7, Sección Persona y derechos, julio 2023, La Ley 7668/2023

No será necesaria la intervención de abogado ni procurador (art. 26 septies, 2 y 3 LJV).

La competencia para conocer del expediente le corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona cuya mención registral pretenda rectificarse o, si no lo tuviera en territorio nacional, el de su residencia en dicho territorio (art. 26 septies, 1 LJV).

En cuanto a la tramitación del expediente (art. 26 octies): a) Será de tramitación preferente y comenzará con la presentación de una solicitud en la que la persona interesada manifieste su voluntad de revertir la rectificación registral anteriormente producida. Deberá ir acompañada de los medios de prueba que desee utilizar, b) Admitida a trámite la solicitud, el Juez citará a comparecencia al solicitante y, en su caso, a sus representantes legales, a las demás personas que estime oportuno, así como al Ministerio Fiscal y c) El Juez podrá solicitar la práctica de cualesquiera otras pruebas que considere oportunas.

El expediente culmina con la resolución judicial (art. 26 nonies) en la que el Juez resolverá sobre la concesión o denegación de la aprobación judicial, considerando en todo caso, si el solicitante fuera persona menor de edad, el interés superior del menor. El testimonio de dicha resolución se remitirá al Registro Civil competente para proceder, en su caso, a la inscripción de la rectificación aprobada judicialmente.

1.4 Efectos de la rectificación registral del sexo de las personas

¿Qué consecuencias y efectos tiene la rectificación registral del sexo de una persona?

Son los artículos 46 y 48 a 51 de la LT, así como las Directrices primera y sexta de la Instrucción DGSJFP de 26 de mayo de 2023, los que nos marcan una primera aproximación a las consecuencias de rectificar el sexo en el Registro. Obviamente, el efecto esencial, igual que ocurría bajo el imperio de la Ley 3/2007, es la alteración en el registro del sexo masculino o femenino que anteriormente se ostentase y consecuentemente la titularidad de los derechos y obligaciones que tal condición lleve legalmente aparejado el nuevo sexo con el que se identifica la persona.

1.4.1 EFECTOS Y CONSECUENCIAS DIRECTAS

El artículo 5 de la derogada Ley 3/2007, ya recogía básicamente la esencia del actual artículo 46 de la Ley 4/2023. Por un lado, estableciendo el carácter constitutivo de la inscripción registral y por otro con el reconocimiento de los derechos inherentes a la nueva condición tras la rectificación del sexo en el Registro y finalmente el mantenimiento de la titularidad de derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

Como veremos, lo que en esencia supone una especificidad de la LT se encuentra en la previsión normativa destinada a evitar la utilización fraudulenta del cambio de sexo en dos aspectos, que en el debate de la normativa han adquirido una especial relevancia, pese a la vigencia coetánea con la Ley de rectificación registral del sexo de 2007 con las normas a las que afecta: la igualdad efectiva de hombres y mujeres, al amparo de la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵⁷ y la protección contra la violencia de género al amparo de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁵⁸.

El legislador ha mantenido invariable, desde su redacción en el artículo 41 del Proyecto de Ley de 12 de septiembre de 2022⁵⁹, al vigente artículo 46 citado, el contenido esencial de los efectos que produce la rectificación registral del sexo de la persona. Se extiende la previsión no sólo a las consecuencias que expresamente derivan del cambio de sexo sino, también (y ello resulta uno de los aspectos más controvertidos de la ley) a la aplicación de consecuencias o incorporación de nuevas consecuencias que traigan causa del sexo rectificado. Por ello dividiría la esencia del precepto en esas dos cuestiones relevantes.

i) Por un lado, la consecuencia lógica de futuro, que supone que la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil. Igualmente, el hecho de que la rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.

ii) Por otro lado, se han incorporado dos reglas específicas especialmente destinadas a impedir actuaciones fraudulentas en relación con la aplicación de la Ley de medidas de protección inte-

⁵⁷ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

⁵⁸ BOE núm. 313, de 29/12/2004

⁵⁹ BOCG –Congreso de los Diputados– núm. 113-1

gral contra la violencia de género de 2004, así como con la aplicación de las medidas de acción positiva a favor de las mujeres en virtud de lo dispuesto en la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y mujeres.

Es conocida la reticencia que en estos ámbitos ha suscitado desde el principio del debate y redacción de los diferentes textos legales, el reconocimiento de la autodeterminación conforme al género sentido, como criterio exclusivo que permite la rectificación registral del mismo. Por ello el legislador ha tratado de dar cobertura, ante las posibles (e invocadas por un amplio sector de la sociedad) actuaciones fraudulentas de cambio de sexo destinadas a, bien beneficiarse de la legislación especialmente protectora contra la violencia de género o a zafarse de ella como consecuencia del cambio de sexo masculino a femenino⁶⁰:

a) La rectificación registral del sexo y en su caso el cambio de nombre no alterará el régimen jurídico que, con anterioridad a la

⁶⁰ Se han hecho eco las redes sociales, así como los medios de prensa, de presuntos supuestos en los que, bajo un pretendido cambio de sexo de hombre a mujer se había intentado participar en pruebas o concursos públicos en los que se establecen medidas favorables de acción positiva para las mujeres. Al margen del hecho de que todos los casos mencionados no se correspondían con auténticos cambios de sexo en tanto en cuanto en ellos se producía una ausencia de requisitos completos para efectuar el tránsito, lo cierto es que las posibilidades de fraude están constituyendo uno de los argumentos más esgrimidos en contra del texto de la Ley. Ciertamente el ordenamiento jurídico, al margen de las medidas específicas que en él se incorporan, establece los cauces adecuados para sancionar el fraude en el propio CC como regla general de actuación (art. 6.4) lo que no impide la existencia de recelo lógico, como ya se ha producido en otros ordenamientos jurídicos como el argentino, uno de los primeros en instaurar el sistema de determinación de la identidad de género autopercibida.

El reguero de noticias desde la entrada en vigor de la LT es interminable como se puede observar, a modo ejemplificativo:

«Un juez niega el cambio de sexo registral a un sargento del Ejército del Aire por fraude de ley. El responsable del registro cree que la intención del militar era obtener beneficios laborales y que el fraude de ley supone «un especial desprecio a la dignidad» del colectivo trans (*El País*, 27 de septiembre de 2023: <https://elpais.com/sociedad/2023-09-27/no-queria-ser-mujer-queria-ser-subteniente-la-justicia-niega-el-cambio-de-sexo-registral-a-un-militar-por-fraude-de-ley.html>); *Vid.* igualmente en relación con este tema el artículo publicado en InfoLibre por Sabela Rodríguez Álvarez, el 28 de enero de 2024 una vez superado el trámite de inscripción en el Registro por parte del Sargento Francisco (https://www.infolibre.es/igualdad/caso-sargento-francisco-evidencia-dificultad-detectar-fraude-ley-libre-determinacion-genero_1_1697824.html). «Matías Martínez, el primer juez que rechaza seis cambios de sexo por fraude de ley. Uno de los ejemplos que puso el magistrado fue el de un hombre que quería hacerse mujer “para tener derechos”, porque como hombre “solo tenía obligaciones”» (*El Debate*, 11 de octubre de 2023: https://www.eldebate.com/sociedad/20231011/matias-martinez-primer-juez-rechaza-seis-cambios-sexo-fraude_145672.html); «Dos autos pioneros en Canarias deniegan el cambio de sexo en el registro a dos hombres por cometer fraude de ley. El magistrado entiende que en ambos casos pretendían beneficiarse de medidas de “discriminación positiva”. Uno de los solicitantes llegó a afirmar que quería que el cambio le sirviera en unas oposiciones y en el acceso al empleo — Un juez deniega el cambio de sexo a un hombre que lo quería usar para un ascenso militar» (*El Diario*, 28 de septiembre de 2023: https://www.eldiario.es/canariasahora/tribunales/autos-pioneros-canarias-deniegan-cambio-sexo-registro-hombres-cometer-fraude-ley_1_10552627.html)

inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁶¹.

b) La persona que rectifique su sexo en el Registro, cambiando del sexo masculino al femenino no podrá ser beneficiaria de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, respecto de las situaciones jurídicas anteriores a la rectificación registral. No obstante, la persona que rectifique la mención registral pasando del sexo femenino al masculino conservará los derechos patrimoniales consolidados que se hayan derivado de estas medidas de acción positiva, sin que haya lugar a su reintegro o devolución.

c) Respecto de las situaciones jurídicas que traigan causa del sexo registral en el momento del nacimiento, la persona conservará, en su caso, los derechos inherentes al mismo, en los términos establecidos en la legislación sectorial.

El cambio de nombre de las personas trans es una de las consecuencias lógicas derivadas de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona, que si bien no se menciona en el artículo 46 de la Ley, se desprende del desarrollo de la norma contenida en el artículo 44.4, pfo. 2.º, en tanto en cuanto, en la comparación a la que alude dicho precepto, se deberá incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostente y ello sea conforme a los principios de libre elección del nombre propio previstos en la normativa reguladora del Registro Civil⁶².

⁶¹ Quiere ello decir que de haberse producido algún tipo de actuación imputable a un hombre que ejerciera violencia de género contra una mujer, el cambio de sexo no determinaría la inaplicación de la norma que le fuera aplicable como hombre biológico. El problema que en todo caso se plantea, no es tanto respecto de las situaciones nacidas o generadas con anterioridad al cambio de sexo, sino precisamente que el cambio de sexo se realice con la finalidad de hacer inaplicable la Ley de violencia de género o en su caso de beneficiarse de una medida de protección positiva que como hombre no tendría, pero sí como mujer.

Por otro lado, resulta evidente la consolidación de los derechos patrimoniales derivados de medidas de acción positiva con anterioridad a la rectificación registral del sexo.

De igual forma se conservan derechos y obligaciones (de estas no se habla específicamente en el texto) derivados de situaciones jurídicas que traen causa en el sexo registral al momento del nacimiento. Pensamos en las obligaciones nacidas como consecuencia de una paternidad anterior a la rectificación y las obligaciones nacidas de la relación paterno-filial o las derivadas de obligaciones de pago o percepción de alimentos o pensiones compensatorias anteriores.

⁶² Debemos tener en cuenta al respecto lo dispuesto en el artículo 51 LRC de 2011 (Modificado por la DF.11.3 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero), conforme al cual se establece el principio de libre elección del nombre propio, en los términos que siguen, en cuanto nos interesa: «El nombre propio será elegido libremente y solo quedará sujeto a las siguientes limitaciones, que se interpretarán restrictivamente: [...] 2.º No podrán imponerse nom-

En relación con los menores trans, sin embargo, el cambio de nombre se podrá hacer incluso antes de la rectificación registral de su sexo. Así, conforme al artículo 48 de la Ley 4/2023, *las personas trans menores* de edad hayan iniciado o no el procedimiento de rectificación de la mención relativa al sexo, tienen derecho a obtener la inscripción registral del cambio de nombre por razones de identidad sexual, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Esta posibilidad ya se había introducido bajo la legislación anterior al amparo de una Instrucción de la DGRN de 23 de octubre de 2018 ⁶³.

bres que sean contrarios a la dignidad de la persona, ni los que hagan confusa la identificación. A efectos de determinar si la identificación resulta confusa no se otorgará relevancia a la correspondencia del nombre con el sexo o la identidad sexual de la persona [...].

Debe resaltarse en este punto lo dispuesto en el párrafo 2.º en tanto en cuanto como vemos no se otorga relevancia, a los efectos de determinar la identificación confusa, a la correspondencia entre el nombre y el sexo o la identidad sexual de la persona. Esto ha sido igualmente objeto de críticas por parte de algún sector de la doctrina en tanto en cuanto si la rectificación registral no exige alternación física de tipo alguno y la identificación de la persona a través de su nombre tampoco denota la real identidad de la persona, podría plantear problemas de identificación frente a terceros (*Vid.* en este sentido BARBER CÁRCAMO, R., en Calaza López S., ob. cit. (Actualidad Civil, N.º 7, Sección Persona y derechos, julio 2023, LA LÉY 7668/2023)

La autora apunta, respecto de esa posibilidad otorgada a los menores que: «... Por lo demás, ante este régimen beneficioso para los menores, indicativo de una actitud *prudente y expectante ante el desarrollo ulterior del menor*, resulta aún más cuestionable por *incoherente la flexibilidad legislativa para emprender el cambio de sexo registral*».

⁶³ En relación con las razones que justificaron la posibilidad del cambio de nombre por parte de los menores sin proceder al cambio de sexo, que ahora recoge la LT, ya tuvimos ocasión de señalar que este fue el primer paso que se dio antes de que el TC se pronunciara sobre la legitimación de los menores de edad para rectificar registralmente su sexo. La posibilidad la introdujo la Instrucción de la DGRN de 23 de octubre de 2018 (*BOE* núm. 257 de 24 de octubre, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de las personas transexuales) al permitir el cambio de nombre en el Registro sin haber cambiado de sexo y sin cumplir necesariamente los requisitos para hacerlo, lo que fue un gran paso en el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI pero que personalmente critiqué en tanto en cuanto no solo se alteraban las exigencias de la Ley 3/2007 para la rectificación registral no solo del sexo sino también del nombre de las personas, sino además porque a través de una Instrucción de la DGRN, claramente *contra legem* se estaba permitiendo algo que la Ley no permitía. Me manifesté de acuerdo con la solución, pero no con los medios utilizados para ello. Para un completo análisis de la evolución sobre el tema por tanto me remito a mi trabajo: BENAVENTE MOREDA, P., «Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2018 (38), pp. 292 ss., especialmente pp. 297 a 300. Igualmente, sobre el tema en «Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico-privadas», *RGDC* 17 (2013), pp.1-75; Ídem, «Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)», *AFDUAM* 17(2013), pp. 105 a 144.

La medida en todo caso, bajo la legislación anterior, permitía esta posibilidad de cambio de nombre no solo a los menores de edad, como ahora, sino también a los mayores de edad. Para ESTEVE ALGUACIL y NONELL RODRÍGUEZ, esta posibilidad que se ofrece a los menores de edad se trata de una previsión especialmente pensada para aquellos menores de 14 años que no puedan acceder a la RRSF y aun así decidan cambiar su nombre propio (ob. cit.. p. 280)

Complementa lo dispuesto en el texto de la Ley, la Directriz sexta citada, a través de una serie de *especificaciones* sobre el particular. Conforme a la misma se establece que:

«Los representantes legales de los menores de dieciséis años podrán solicitar el cambio de nombre de sus representados/as para adecuarlo al sexo sentido cuando este sea diferente del que se atribuye al nombre registrado en el momento del nacimiento sin más limitaciones que las previstas en el artículo 51 de la Ley 20/2011, del Registro Civil. El/la menor deberá ser oído en todo caso por la persona encargada del Registro Civil mediante una comunicación comprensible y adaptada a la edad y grado de madurez del menor.»

Cambio en los asientos de nacimiento practicados conforma a la LRC de 1957: Introduce la Instrucción de 2023 de la DGS-JFP, en su *directriz primera*, una especificación respecto de los asientos de nacimiento practicados bajo la vigencia de la LRC de 1957, sobre los que se solicite rectificación registral de la mención del sexo, teniendo en cuenta que durante un periodo transitorio convivirán los antiguos modelos de inscripción con la implantación del nuevo modelo previsto en la LRC 2011, que prevé un sistema de digitalización⁶⁴.

Por ello se establece un sistema de acceso al registro de las rectificaciones registrales diferente, mientras coexistan ambos modelos, teniendo en cuenta si la rectificación se ha tramitado y resuelto en oficina ya digitalizada [Directriz primera, pfo. 3.º a)], frente a los supuestos en los que el procedimiento se haya resuelto en un Registro que aún no dispone de DICIREG [Directriz primera, párrafo. 3.º b)].

⁶⁴ Debemos tener en cuenta el proyecto DICIREG (Dirección General de Transformación digital de la Administración de Justicia - DGTDAJ) de febrero de 2022, destinado a impulsar la informatización de los registros civiles y digitalización de sus archivos. La LRC de 2011 estableció un sistema de registro electrónico y único en toda España. Suponía un cambio respecto del modelo anterior de Registro desde el punto de vista tecnológico, estructural y organizativo. La Instrucción de 16 de septiembre de 2021 de la DGSJFP acordaba las pautas y criterios para apoyar la entrada en servicio efectivo de la DICIREG a partir de la entrada en funcionamiento de la primera oficina conforme a las previsiones contenidas en la LRC 2011. Con su entrada en vigor en 30 de abril de 2021, se establece su aplicación progresiva según se vayan migrando las oficinas.

([https://www.mjusticia.gob.es/es/JusticiaEspana/ProyectosTransformacionJusticia/Documents/202202_\[DIGIREG\].pdf](https://www.mjusticia.gob.es/es/JusticiaEspana/ProyectosTransformacionJusticia/Documents/202202_[DIGIREG].pdf))

1.4.2. EFECTOS Y CONSECUENCIAS INDIRECTAS DE LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DEL SEXO. ADECUACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN

Dentro de los efectos propios, consecuencia de la rectificación registral del sexo de la persona, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 a 52 de la Ley 4/2023, se encuentra la necesaria adecuación de toda la documentación de la persona a la mención relativa al sexo rectificado.

Se refiere el artículo 49 a la documentación oficial de identificación, DNI o pasaporte, que en todo caso conservarán el mismo número de identificación (art. 49.1). Igualmente alcanza el cambio a la reexpedición de cualquier documento o certificación emitido por entidades públicas o privadas (art. 49.2). Las tasas que graven los trámites para la adecuación a la mención registral relativa al sexo de los documentos previstos en este artículo se adecuarán al principio de capacidad económica previsto en el artículo 8 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos (art. 49.3).

Por otro lado, las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, establecerán procedimientos accesibles, ágiles y que garanticen la protección de los datos de carácter personal para la adecuación de documentos a la nueva mención relativa al sexo y, en su caso, al nombre (art. 49.4).

Un tratamiento específico de protección se hace, en relación con la adecuación de documentos al cambio de nombre en el Registro Civil respecto de las personas menores de edad. Así, el artículo 51 de la Ley establece que:

«1. En virtud del principio de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la intimidad, las personas menores de edad que hayan obtenido la inscripción registral del cambio de nombre por razones de identidad sexual sin modificar dicha mención relativa al sexo en su inscripción de nacimiento, tienen derecho a que las Administraciones públicas, las entidades privadas y cualquier persona natural o jurídica con la que se relacionen expidan todos los documentos de la persona menor de edad con constancia de su nombre tal como aparezca inscrito por la rectificación operada en el Registro Civil.

2. Las mismas Administraciones públicas, entidades y personas estarán obligadas a dispensar a la persona menor de edad que haya cambiado su nombre en el Registro Civil el trato que corresponda a las personas del sexo con el que se identifica, sin que pueda producirse discriminación alguna por tal motivo y debiendo prevalecer siempre el principio de igualdad de trato.

3. *Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, el cambio de nombre en el Registro previsto en este artículo no afectará a los derechos que puedan corresponder a las personas de acuerdo con su sexo registral.»*

2. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS INTERSEXUALES. PROHIBICIÓN DE TERAPIAS DE CONVERSIÓN

2.1 **Intersexualidad. Políticas públicas en el ámbito de la salud y medidas de protección en situaciones especiales (arts. 19 y 74 LT)**

Supone una novedad absoluta, para el legislador nacional, la incorporación en la denominada Ley Trans, del reconocimiento de derechos y especial protección a las personas intersexuales. En este momento me limitaré a reflejar el contenido esencialmente recogido dentro del texto legal, reflejo parcial y obligado, de la trayectoria que nacional e internacionalmente ha tenido la reclamada protección de los derechos de las personas intersexuales.

Sobre el particular y la evolución histórica del tratamiento de la intersexualidad ya me pronuncié, en consonancia con el posicionamiento del TEDH, CIDH y los Principios de Yogyakarta «Sobre la aplicación de la legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género»(2006)⁶⁵,

⁶⁵ Mención expresa debe hacerse al Principio 18, denominado muy gráficamente como «Protección contra abusos médicos» en el que se establece que: *“Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas”.*

Justifica este principio una doble argumentación: la despatologización de la transexualidad y la prohibición de la cirugía de reasignación o conversión para permanecer o atribuir una condición sexual determinada.»

En consonancia con lo indicado, en el propio principio se hace la recomendación a los Estados (B): *«Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que el cuerpo de ninguna criatura sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que procuren imponerle una identidad de género sin su consentimiento pleno, libre e informado, de acuerdo a su edad y madurez; y guiándose por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración su interés superior; (C) Establecerán mecanismos de protección infantil encaminados a que ningún niño o niña corra el riesgo de sufrir abusos médicos o sea sometido o sometida a ellos; (D) Garantizarán la protección de las personas de las diversas orientaciones sexuales e identidades de género contra procedimientos o investigaciones médicas carentes de ética o no consentidas, incluidas las relacionados con vacunas, tratamientos o microbicidas para el VIH/SIDA u otras enfermedades (...).»*

Se puede consultar la versión oficial en castellano en: https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

en contra de las intervenciones tempranas destinadas a definir el sexo de los nacidos como intersexuales, abordando precisamente la cuestión desde el punto de vista de la normativa a la que ahora nos referimos. Esta regulación específicamente protectora de las personas intersexuales ha tenido previo reflejo en prácticamente todas las leyes autonómicas que regulan la protección de las personas LGTBI o reguladoras de la Identidad de género dentro del ámbito de sus competencias y ha constituido, como se ha estudiado en otros trabajos, una reivindicación histórica de la protección de las personas intersexuales⁶⁶.

Conviene presentar al lector, aunque sea brevemente, la antesala histórica, que vendría a justificar el tratamiento que hace el legislador en la Ley 4/2023, sobre la intersexualidad. No sólo definir o situar la intersexualidad dentro del ámbito de protección de las personas LGTBI sino la razón que justifica la prohibición de las intervenciones tempranas en las personas nacidas intersexuales y la existencia de normas específicas dentro de las políticas públicas y sanitarias relativas a la intersexualidad, así como las relativas al sistema de inscripción registral de las mismas, aparte de las generales vinculadas expresamente en la Ley con las personas LGTBI.

De hecho, para entender la actual regulación en la legislación que comentamos, debemos aproximarnos, como lo hice yo personalmente hace una década, a la radiografía que Arroyo Gil hizo posteriormente sobre el tema al abordar precisamente la intersexualidad desde los dos principales problemas que padecía y padece este colectivo: las intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo en el momento del nacimiento y el reconocimiento registral y documental de su identidad sexual, no siempre reconducible al binomio (sexo masculino/sexo femenino)⁶⁷. Serán estas las cuestiones a las que me refiera exclusivamente en este trabajo.

Las personas intersexuales, apunta Arroyo Gil, «son aquellas que desde un punto de vista biológico no se dejan clasificar pacíficamente en ninguno de los dos sexos al uso (femenino o masculino), dadas las singularidades cromosómicas, hormonales y/o anatómicas, que presentan características de ambos sexos, con mayor o menor grado de intensidad»⁶⁸. La LT, por su parte, define la intersexualidad [art. 3.g)] como «*La condición de aquellas personas*

⁶⁶ BENAVENTE MOREDA, P., en: «Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección), *AFDUAM*, 17, (2013), pp. 123-129 y en: «Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico-privadas», *RGDC* 17 (2013), pp. 27-29.

Así se recoge específicamente por quienes comentaron inicialmente el texto del Anteproyecto de Ley de aprobado en el Consejo de ministros de 26 de junio de 2021 (ESTEVE ALGUACIL, L y NONELL RODRÍGUEZ, A., (2021) pp. 28-284.

⁶⁷ ARROYO GIL (2019), pp. 437-488.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 437-438.

nacidas con unas características biológicas, anatómicas o fisiológicas, una anatomía sexual, unos órganos reproductivos o un patrón cromosómico que no se corresponde con las nociones socialmente establecidas de los cuerpos masculinos o femeninos»⁶⁹.

La cirugía se ha venido encargando de la transformación de la anatomía de los genitales ambiguos. Con ello el modelo biomédico se ajusta al binario de sexo/género de las sociedades occidentales ignorando los ejemplos de sociedades no occidentales que discrepan de tal construcción social. En función de ello a los intersexuales (para quienes se ha dicho que el género se aprende como la lengua nativa) se les hace crecer como varones o hembras procediendo a temprana edad a la asignación de su identidad, privándoseles del conocimiento de su auténtica identidad (posición comúnmente mantenida hasta la década de los noventa)⁷⁰.

La LT trata de dar respuesta, parcialmente y sin dar una solución desde mi punto de vista convincente, a dos cuestiones relevantes:

Primero, si debía replantearse el mantenimiento de la dualidad/binomio sexual (hombre/mujer), tal y como hasta ahora se mantie-

⁶⁹ Son numerosos los estudios realizados sobre intersexualidad, donde se destacan precisamente como aspectos relevantes para la protección de las personas intersexuales, el rechazo de los protocolos de intervenciones tempranas con secretismo y sin garantías ni consentimiento real. Entre ellos destacaría trabajos como el de PLATERO MÉNDEZ, R (L.), «Transexualidades. Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos», 2.^a ed. Barcelona (Bellaterra ed.), 2014, pp. 140 a 147; Bernini, L., que realiza un análisis en profundidad de la evolución del tratamiento de la intersexualidad desde planteamientos críticos, manifestándose igualmente en contra de las operaciones tempranas de reasignación de sexo, que lejos de estar erradicadas siguen aplicándose (BERNINI, L., «Las teorías Queer. Una introducción» (trad. Albert Tola), Barcelona-Madrid (Egales ed), 2018, pp. 74 ss. Igualmente debe mencionarse, como referente absoluto sobre el tratamiento interdisciplinar e internacional de la Intersexualidad, la obra editada por SCHERPE, «*The legal status of Intersex persons*», Cambridge (Intersentia ed.), 2018 (SCHERPE, J.M., DUTTA, A., HELMS, T., eds.).

En el estudio presentado por Ieuan Hughes (NIHR Cambridge Biomedical Research Centre) sobre el desarrollo fetal del sexo de las personas el autor, tras analizar las posibles causas de intersexualidad así como los momentos de desarrollo de la intersexualidad en recién nacidos o en la pubertad, concluye que la biología del desarrollo sexual en el feto describe un proceso binario caracterizado por el biopotencial del tejido embrionario para desarrollar órganos reproductivos masculinos o femeninos. El control de la vía dimórfica sexual definitiva está mediado por genes y hormonas clave que funcionan de manera dependiente del tiempo y la concentración durante una ventana crítica de la programación fetal. El conocimiento de esta vía proporciona un enfoque lógico para clasificar las causas de intersexualidad. Por ello solo los profesionales de la salud que trabajan en centros especializados debe realizar este trabajo y brindar apoyo a las personas con intersexualidad y sus familias. El mal uso de la terminología en el campo de la intersexualidad no es útil; se necesita claridad para centrarse en lo que son principalmente factores biomédicos frente a aquellos que son más relevantes desde una perspectiva social. (HUGHES, I. «Biology of fetal sex development.» *The legal Status of intersex persons*, 2018, (Scherpe J.M., Dutta y Helms T. eds.), pp. 25-44. *Vid.* igualmente el estudio realizado por Lauroba Lacasa, E., «Las personas intersexuales y el derecho: Posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible», *Derecho Privado y Constitución*, 32, 2018, pp. 16-19.

⁷⁰ NIETO PIÑEROBA «Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género» 2008, pp. 47 ss.; LAUROBA LACASA, E., «Las personas intersexuales y el derecho: Posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible», *ob. cit.* pp.23-26.

ne, descartando el planteamiento médico tradicional de definir desde el momento mismo del nacimiento el sexo (masculino o femenino) de las personas⁷¹. Esto está directamente vinculado con la necesidad de impedir las intervenciones quirúrgicas en la infancia, dejando a la persona que tome la decisión en la edad adulta como manifestación del libre desarrollo de la personalidad⁷², aunque la solución a la que llega la Ley 4/2023 sigue enfocada indefectiblemente dentro de los márgenes del binarismo.

El activismo en este punto se ha visto desarrollado y arropado en los diferentes Foros Internacionales Intersex celebrados a lo largo de los últimos años. Destacando al respecto el III Foro, celebrado en Malta en diciembre de 2013, que origina la *Declaración de Malta*⁷³, así como el IV Foro, celebrado en Ámsterdam en abril de 2017. Igualmente, relevantes son la *Declaración de Darlington*⁷⁴ y la *Declaración de Viena*⁷⁵, ambas de marzo de 2017, en las que se sigue reclamando el fin de las esterilizaciones sin consentimiento, así como la posibilidad de garantizar que cualquier persona intersex pueda dar su consentimiento informado a cualquier intervención quirúrgica, reivindicando así mismo la necesaria despatologización de la diversidad de las características sexuales en los protocolos y clasificaciones internacionales.

⁷¹ Autores como Marina Camps, siguiendo a Maracuello y Elósegui, considera que en los supuestos de intersexualidad no se produce un problema de identidad sexual, porque cada sujeto tiene un sexo asumido, varón o mujer, que para él no ofrece duda; no hay un problema psicológico, apunta, y no tiene en absoluto la percepción de pertenecer a un tercer sexo (CAMPS MERLO, M. *Identidad sexual y Derecho. Estudio Interdisciplinario del transexualismo*. Eunsa. Navarra 2007, p. 105).

⁷² BENAVENTE MOREDA, P., *RGDC* 17 (2013) pp.17 ss., especialmente p.22 (https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=3&numero=17).

⁷³ Vid. Web Organisation Intersex International Europe (OI Europe) (<https://oiieurope.org/malta-declaration/>) (Última consulta 11 de octubre de 2023).

⁷⁴ En la Declaración de Darlington se establece específicamente en sus apartados 7 y 8 las siguientes declaraciones que se reproducen básicamente en todas las declaraciones anteriores y posteriores:

«... *Human rights and legal reform.*

7. *We call for the immediate prohibition as a criminal act of deferrable medical interventions, including surgical and hormonal interventions, that alter the sex characteristics of infants and children without personal consent. We call for freely given and fully informed consent by individuals, with individuals and families having mandatory independent access to funded counselling and peer support.*

8. *Regarding sex/gender classifications, sex and gender binaries are upheld by structural violence. Additionally, attempts to classify intersex people as a third sex/gender do not respect our diversity or right to self determination. These can inflict wide-ranging harm regardless of whether an intersex person identifies with binary legal sex assigned at birth or not...».* (<https://intersexday.org/wp-content/uploads/2017/03/Darlington-Statement.pdf>) (Última consulta 11 de octubre de 2023).

⁷⁵ Vid. en <https://oiieurope.org/statement-1st-european-intersex-community-event-vienna-30st-31st-march-2017/>. (Última consulta 11 de octubre de 2023)

Igualmente se propuso ya en 2013 que el sexo no se configurara como una categoría dentro de los documentos oficiales⁷⁶. En la misma línea indicada se ha pronunciado el Parlamento Europeo en su Resolución (2018/2875 (RSP), de 8 de febrero de 2019, conforme a la cual se pone de manifiesto la necesidad de abordar las violaciones de los derechos humanos de las personas intersexuales, instando a la Comisión y a los Estados miembros a propiciar las actuaciones en contra de la estigmatización de las personas intersexuales, así como a la supresión de las cirugías de reasignación, alentando a estos a propiciar legislaciones similares lo antes posible que eviten las intervenciones de reasignación sexual durante la infancia y la adolescencia⁷⁷.

En segundo lugar, la LT trata de dar respuesta de alguna manera, también al «*Cuándo y Quién*» deberían decidir, en su caso, sobre una hipotética definición del sexo, sobre la identidad sexual de la persona intersexual.

Dentro de las reglas «programáticas y generales» que abundan en la regulación «integral» que se pretende con la Ley Trans, el legislador se encarga de establecer criterios de protección de las personas intersexuales dentro de los diferentes ámbitos de las políticas públicas protectoras de la igualdad. Así, en el artículo 24, a través de los programas de información en el ámbito educativo; en el ámbito del deporte (uno de los más controvertidos en el debate sobre la aplicación de la Ley Trans), aparte de regular en su artículo 26 medidas específicas en el deporte, la actividad física y educación deportiva, en la disposición final octava se modifica la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, incorporando un nuevo párrafo f) en el artículo 1.1 con el fin de introducir entre los objetivos de la norma eliminar la LGTBIfobia, la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, así como garantizar el principio de igualdad de trato de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales en el deporte. Sin embargo, tales normas parecen tener realmente un carácter puramente programático y de difícil puesta en práctica real, evidencia de lo cual es el debate abierto sobre la ya tristemente histórica polémica sobre el reconocimiento

⁷⁶ Vid. los documentos completos en la web de ILGA: <https://www.ilga.org/4th-international-intersex-forum-media-statement>) y <https://www.ilga-europe.org/what-we-do/our-advocacy-work/trans-and-intersex/intersex/events/3rd-international-intersex-forum> (última consulta 6 de febrero de 2024). Igualmente pueden consultarse en *The legal Status of intersex persons*, 2018, (Scherpe J.M., Dutta y Helms T., eds.), pp. 7-22. Vid. también en este sentido las observaciones realizadas por PLATERO MÉNDEZ, Raquel (Lucas), *ob. cit* pp. 145-146.

⁷⁷ http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2019-0101_EN.pdf?redirect (última consulta 6 de febrero de 2024).

de los derechos de las mujeres trans e intersexuales en la actividad deportiva⁷⁸

Merecen destacarse por tanto en la vigente regulación dos aspectos esenciales:

1.º) *Reconocimiento del derecho a una atención integral de las personas intersexuales y prohibición de las prácticas de modificación genital en personas menores de 12 años (arts. 19 y 74 LT).*

– La LT establece, dentro del Título I (Actuación de los poderes públicos), Capítulo II (Políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI) Sección 4.ª (Medidas en el ámbito de la salud), en su artículo 19, *la necesaria atención a la salud integral de las personas intersexuales* «conforme a los principios de no patologización, autonomía, decisión y consentimiento informados, no discriminación, asistencia integral, calidad, especialización, proximidad y no segregación», asegurando el respeto de su intimidad y la confidencialidad sobre sus características físicas, evitando las exploraciones innecesarias o su exposición sin un objetivo diagnóstico o terapéutico directamente relacionado (art. 19.1).

Complementa lo anterior la exigencia de que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, impulsen protocolos de actuación en materia de intersexualidad que garanticen, en la medida de lo posible, la participación de las personas menores de edad en el proceso de adopción de decisiones, así como la prestación de asesoramiento y apoyo, incluido el psicológico, a personas menores de edad intersexuales y sus familias.

En particular, antes del inicio de cualquier tratamiento que pudiera comprometer su capacidad reproductora, se garantizará que las personas intersexuales cuenten con la posibilidad real y efectiva de acceder a las técnicas de congelación de tejido gonadal y de células reproductivas para su futura recuperación en las mismas condiciones que el resto de las personas usuarias. (art. 19.3).

Por otro lado, dentro del Título III (Protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIfobia), Capítulo III (Protección de los derechos de personas LGTBI en

⁷⁸ BENAVENTE MOREDA (2020) «En defensa de la visibilidad de la intersexualidad y del reconocimiento de los derechos a la identidad e integridad de las personas intersexuales en todos los ámbitos», *Generación de Orgullo*. Revista editada por COGAM, Madrid, pp. 32-35.

Resulta significativo de lo que se indica mencionar como ejemplo la evolución que ha tenido el denominado Caso Semenya, tras la resolución adoptada por el Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS) el día 1 de mayo de 2019, por la que se obligaba a la atleta Caster Semenya a reducir sus niveles de testosterona para participar en competiciones deportivas femeninas. A ello hacíamos referencia al principio de este trabajo en nota 3

situaciones especiales), se recoge en el artículo 74.1 el derecho de las personas intersexuales:

a) A recibir una atención integral y adecuada a sus necesidades sanitarias, laborales y educativas, entre otras, en igualdad efectiva de condiciones y sin discriminación con el resto de la ciudadanía y,

b) Al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, sin injerencias arbitrarias o ilegales en su privacidad.

Podemos deducir de lo indicado, que en este punto, la regulación, un tanto desestructurada, del haz de derechos reconocidos a favor de las personas intersexuales (que por otro lado no hacen sino reiterar el reconocimiento de derechos constitucionalmente establecidos en favor de todas las personas en los artículos 18, 27, 35 o 43 CE) no hace sino reproducir, parcialmente, lo obvio, el reconocimiento de los derechos que constitucionalmente tiene cualquier persona, omitiendo el resto de los derechos fundamentales, quizás porque se considere que solo se requiere una mención especial de los señalados.

Se trata, en su mayoría, de normas dirigidas a los poderes públicos destinadas a dar protección a las personas intersexuales. Todo ello va a depender del impulso por parte de las Administraciones Públicas, de protocolos de actuación, en el ámbito de sus competencias, en materia de intersexualidad (a los que ya se referían, las respectivas normas de las CCAA que han legislado sobre la materia en las diferentes leyes autonómicas sobre Identidad de género o protección de los derechos de las personas LGTBI).

La propia formulación del texto pone de manifiesto que nos encontramos ante meras declaraciones de intenciones o de principios, propuestas de actuación meramente programáticas que se entremezclan con disposiciones normativas y que, en todo caso, van a depender de un desarrollo normativo reglamentario y presupuestario que pueden convertir en papel mojado lo dispuesto.

– Por otro lado, y siguiendo con las exigencias de organismos internacionales, así como del propio TEDH *se prohíben las prácticas de modificación genital en personas menores de doce años*, salvo en los casos en que las indicaciones médicas exijan lo contrario en aras de proteger la salud de la persona. En el caso de personas menores entre doce y dieciséis años, solo se permitirán dichas prácticas a solicitud de la persona menor siempre que, por su edad y madurez, pueda consentir de manera informada a la realización de dichas prácticas (art. 19.2)⁷⁹. Aquí, sí nos encontramos, en rea-

⁷⁹ De nuevo nos remitimos a lo que dispone el artículo 9 de la Ley de Autonomía del Paciente en relación con el consentimiento por representación de los menores, mayores de 16 años o menores de tal edad cuando no sean capaces de entender el alcance de las intervenciones o exista riesgo para su salud, a juicio de los facultativos.

lidad, ante una disposición claramente normativa y directamente exigible y aplicable de forma imperativa.

Esta norma se vincula directamente, como veremos a continuación, con la prevista en el artículo 17 en el que se prohíben las terapias de conversión.

2.º) *Indeterminación registral temporal del sexo, en el momento del nacimiento (arts. 74.2 LT y 49 LRC y Directriz 7.ª IDGSJFP de 26 de mayo de 2023).*

– Con una técnica legislativa confusa y dentro de un contexto legislativo, creo que inadecuado⁸⁰, el artículo 74.2 LT establece que:

«Al inscribir el nacimiento de las personas intersexuales, en el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual de la persona recién nacida, las personas progenitoras, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año. Transcurrido el plazo máximo de un año, la mención del sexo será obligatoria y su inscripción habrá de ser solicitada por las personas progenitoras».

– Dicho precepto se complementa con lo dispuesto en el art. 49.5 LRC, introducido en la DF 11.ª de la Ley 4/2023 conforme al cual:

«En el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual del nacido, los progenitores, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año. Transcurrido dicho plazo, la mención al sexo será obligatoria y su inscripción habrá de ser solicitada por los progenitores»

– Hemos de tener en cuenta igualmente, como desarrollo de la normativa señalada, la Directriz Séptima (Personas intersexuales), de la Instrucción de 26 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la rectificación registral

⁸⁰ Como se ha dicho, el artículo 74 se ubica dentro del Título III de la Ley, relativo a la protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIfobia, capítulo III, sobre protección de los derechos de las personas LGTBI en situaciones específicas. Dicho precepto se refiere específicamente a las «Personas Intersexuales». En dicho entorno, se habla de la intersexualidad, rodeado de auténticas situaciones «especiales», como puede ser la minoría de edad, la discapacidad o situación de dependencia, extranjería, «mayores LGTBI» o personas LGTBI en situación del sinhogarismo.

Señalando lo anterior puede pensarse en lo extraño de la ubicación de la intersexualidad en el contexto en el que se regula, dentro de esas denominadas «situaciones especiales», cuando comparativamente no lo es. La intersexualidad no es «una situación especial» en la que se encuentran las personas LGTBI y tal desubicación infiltra igualmente al contenido del precepto, donde, como hemos visto, por un lado, se reconocen derechos y por otro se recoge una norma absolutamente «positiva» como es la que afecta al sistema de inscripción del nacimiento en el Registro Civil. Un despropósito teñido de cierta incoherencia.

de la mención relativa al sexo regulada en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁸¹, conforme a la cual se establece que:

«Según el artículo 74 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, si al inscribir el nacimiento el parte facultativo indicara la condición intersexual del recién nacido, los progenitores podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año. Transcurrido dicho plazo, la mención del sexo será obligatoria y su inscripción habrá de ser solicitada por los progenitores.

Pasados nueve meses desde la inscripción de nacimiento sin nueva comparecencia, la oficina del Registro Civil remitirá un recordatorio a los progenitores advirtiéndoles de la obligación legal de hacer constar la mención de sexo.

Para la práctica de la inscripción en la aplicación Inforeg deberá elegirse la opción intersexual en el campo sexo, cuya mención aparecerá en blanco tanto en el asiento como en su publicidad para el cumplimiento de lo estipulado en la Ley.

La práctica del asiento en la aplicación DICIREG deberá realizarse por medio del procedimiento de inscripción de nacimiento previsto para este caso.»

Lo que establece el legislador en esta disposición no implica el reconocimiento del «no binarismo», si bien creo que puede abrir las puertas directamente a su implementación práctica por la vía de hecho. Supone la admisión de una situación de indeterminación temporal del sexo, durante un periodo de un año, que no ofrece, desde mi punto de vista, una solución efectiva más que ante la posible indecisión de los progenitores a la hora de inscribir el sexo del recién nacido⁸². Restringe, por otro lado, la decisión relativa a este extremo, a las personas progenitoras que no solo vienen obligadas a solicitar que la mención del sexo figure en blanco, sino que, igualmente, están obligadas a instar la correspondiente inscripción de la mención del sexo transcurrido un año (se entiende que desde la solicitud inicial de constancia en blanco de la mención del sexo del hijo).

La Instrucción de 26 de junio de 2023, por su parte, lejos de dar una solución complementaria a las disposiciones de la LT y LRC, sigue dejando en la mayor incertidumbre ante la falta de actuación de los progenitores, limitándose a señalar «el recordatorio» por parte

⁸¹ BOE núm. 132 de 3 de junio de 2023.

⁸² Su objetivo, según ESTEVE ALGUACIL y NONELL RODRÍGUEZ sería reducir la preocupación o la urgencia por asignar un sexo registral al menor intersexual recién nacido. Manifiestan sin embargo cierta reticencia (que comparto) sobre la medida, sobre la eficacia de la medida, porque el plazo de un año que se da para proceder a la inscripción parece que la decisión será igual de arbitraria que en el momento del nacimiento (ob. cit. p. 284).

de la Oficina del Registro para que los progenitores hagan constar el sexo del recién nacido y añade, con cierta sorpresa y rubor para quien lo lee, una cuestión meramente formal sobre la forma de inscripción que pudiera ser interesante a efectos meramente «formales» pero que en nada resuelve sobre la situación si los progenitores, pese al «recordatorio» incumplen en plazo con su obligación de hacer constar el sexo del nacido. No creo en ningún caso que ello conduzca a la inscripción de oficio por el encargado del Registro, pero de seguro abre la vía para una indeterminación más prolongada en el tiempo. ¿Será el tiempo y la práctica registral la que nos dé una respuesta?

2.2 Prohibición de las terapias de conversión

La LT, dentro del Título I (Actuación de los poderes públicos), Capítulo II (Políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI), Sección 4.^a (Medidas en el ámbito de la salud) recoge la prohibición de las terapias de conversión en el artículo 17, conforme al cual: *«Se prohíbe la práctica de métodos, programas y terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento, en cualquier forma, destinados a modificar la orientación o identidad sexual o la expresión de género de las personas, incluso si cuentan con el consentimiento de la persona interesada o de su representante legal».*

Como respuesta a tal valoración, el artículo 79.4.d) LT, incluye dentro de las infracciones muy graves, en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales:

«La promoción o la práctica de métodos, programas o terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento, ya sean psicológicos, físicos o mediante fármacos, que tengan por finalidad modificar la orientación sexual, la identidad sexual, o la expresión de género de las personas, con independencia del consentimiento que pudieran haber prestado las mismas o sus representantes legales».

Las infracciones muy graves como la señalada son sancionadas, conforme al artículo 80.3 y 4 LT,

[...] con multa de 10.001 a 150.000 euros. Además, en atención al sujeto infractor y al ámbito en que la infracción se haya producido, podrá imponerse motivadamente alguna o algunas de las sanciones o medidas accesorias siguientes:

a) La denegación, supresión, cancelación o suspensión, total o parcial, de subvenciones que la persona sancionada tuviera reconocidas o hubiera solicitado en el sector de actividad en cuyo ámbito se produce la infracción;

b) *La prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública por un período de hasta tres años;*

c) *La prohibición de contratar con la Administración, sus organismos autónomos o entes públicos por un período de hasta tres años;*

d) *El cierre del establecimiento en que se haya producido la discriminación por un término máximo de tres años, cuando la persona infractora sea la responsable del establecimiento;*

e) *El cese en la actividad económica o profesional desarrollada por la persona infractora por un término máximo de tres años.*

[...] *La multa y la sanción accesoria, en su caso, impuesta por el órgano administrativo sancionador deberá guardar la debida adecuación y proporcionalidad con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, y el importe de la multa deberá fijarse de modo que a la persona infractora no le resulte más beneficioso su abono que la comisión de la infracción. En todo caso, las sanciones se determinarán con arreglo a los siguientes criterios:*

a) *La naturaleza y gravedad de los riesgos o perjuicios causados a las personas o bienes.*

b) *La intencionalidad de la persona infractora.*

c) *La reincidencia. A los efectos de lo previsto en esta ley, existe reincidencia cuando la o las personas responsables de la infracción hayan sido sancionadas antes de la comisión de la infracción, mediante resolución firme en vía administrativa, por la realización de una infracción de la misma naturaleza en el plazo de dos años, contados desde la notificación de aquella.*

d) *La trascendencia social de los hechos.*

e) *El beneficio que haya obtenido la persona infractora.*

f) *El incumplimiento de las advertencias o requerimientos que previamente haya realizado la Administración)*

g) *La reparación voluntaria de los daños causados o la subsanación de los hechos constitutivos de la infracción, siempre que ello tenga lugar antes de que recaiga resolución definitiva en el procedimiento sancionador.*

h) *Que los hechos constituyan discriminación múltiple.*

Como ya se ha comentado más arriba, dentro de los Principios de Yogyakarta (Principio 18) se recoge expresamente una manifestación clara de esta regla, de «*Protección frente a los abusos médicos*» con recomendación explícita a los Estados de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que el cuerpo de ningún criatura sea alterado irreversiblemente por medio de pro-

cedimientos médicos que procuren imponerle una identidad de género sin su consentimiento pleno, libre e informado, de acuerdo a su edad y madurez y guiándose por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración su interés superior.

La práctica de tales terapias, destinadas a la manipulación física o psíquica de la persona para modificar la orientación sexual, la identidad sexual, o la expresión de género de las personas y adecuarla, en definitiva, con el sexo asignado con el nacimiento, supone una clara vulneración del derecho a la identidad de género como manifestación de la dignidad y libertad personal, objeto de protección dentro del artículo 8 del CEDH conforme igualmente se ha pronunciado el TEDH⁸³ y la CIDH, en este caso bajo la protección del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸⁴.

Ha sido objeto de críticas el hecho de que la norma vaya más allá de las exigencias anteriormente mencionadas respecto a la práctica de tales terapias, en tanto en cuanto se prohíben las mismas aun existiendo consentimiento por parte de la persona interesada o su representante legal. Es obvio que el legislador ha querido evitar a toda costa los procesos históricos de reconversión y de «cura» de las personas transexuales, que aún en los momentos actuales se propagan, con una limitación absoluta de la autonomía de la voluntad (que sí acepta sin embargo como base para el reconocimiento de la autodeterminación de género), yendo más allá de lo que los Principios de Yogyakarta o los pronunciamientos del

⁸³ Reiterados han sido los pronunciamientos del TEDH en los que se considera vulnerado tal derecho al exigir intervenciones médicas para permitir el cambio de sexo o no regular procedimientos rápidos, transparentes y accesibles para ello. Es el caso de las sentencias que se mencionan: (11 de septiembre de 2007) STEDH\2007\56; Caso L. contra Lituania, de 11 de septiembre de 2007; STEDH (sec.5.ª) A. P., Garçon and Nicot v. Francia (6 de abril de 2017); STEDH (Sección 1.ª) Caso S. V. contra Italia (11 de octubre de 2018) (TEDH\2018\100); STEDH (Sección 1.ª) Caso X. contra Antigua República Yugoslava de Macedonia (17 de enero de 2019) (JUR\2019\18792); STEDH (Sección 5.ª) Caso Y. T. contra Bulgaria (9 de julio de 2020) (TEDH\2020\106); STEDH (Sección 4.ª) Caso Rana contra Hungría (16 de julio de 2020) (TEDH\2020\107); STEDH (Sección 4.ª) Caso X y Y contra Rumanía. (19 de enero de 2021) (JUR\2021\16556); STEDH (Sección 3.ª) Caso P. H contra Bulgaria (27 de septiembre de 2022) (TEDH/ 2022/131).

⁸⁴ Opinión Consultiva C-24 de 24 de noviembre de 2017 sobre “Identidad de género e igualdad u no discriminación a parejas del mismo sexo”, ya analizada anteriormente. (Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf (última consulta 6 de octubre de 2023)).

THDH han ido en relación con el consentimiento que pudiera prestarse consciente y voluntariamente por la persona interesada.

IV. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS⁸⁵

Nos interesa dar un repaso a los diferentes ordenamientos en los que se ha recogido y reconocido de manera más o menos desarrollada el derecho a la identidad de género autopercebido. E igualmente nos interesa y consideramos necesario hacerlo en este trabajo, para tener en cuenta y valorar el desarrollo posterior de dichos textos legales, sus consecuencias y su aplicación e implicación tanto social como jurídica. Ello nos permitirá analizar y reflexionar sobre las posibles bondades o errores y consecuencias de una Ley (LT) ya vigente en España, tras analizar incluso aquellas decisiones que los tribunales hayan adoptado por mor de la aplicación de los textos legales.

Por ello tomaré como referencia específica la regulación en Argentina, que legisló sobre la materia hace más de una década, en 2012, lo que nos permite reflexionar sobre la evolución de dicho ordenamiento, los errores y virtudes de dicha regulación a más de diez años vista de su entrada en vigor, aparte de haber reconocido específicamente el derecho de autodeterminación de género no binario⁸⁶. Igualmente, interesante, por la proximidad de algunos planteamientos y por su proximidad temporal, resulta la legislación

⁸⁵ *Vid.* Informes ILGA World 2022, coordinado y editado por Daniele Paletta. Textos de Daniele Paletta y J. Andrew Baker; Elaboración de datos: Demet Gümüs, Polyxeni Kallini y J. Andrew Baker; Traducción al español: Luca Bermejo. Este informe anual abarca el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de Diciembre de 2022 (https://ilga.org/downloads/ILGA_Mundo_Informe_Anuar_2022.pdf) (consulta 14 de octubre de 2023).

⁸⁶ Ordenamientos como el argentino o el colombiano han reconocido el no binarismo a través de la interpretación de sus propios textos legales o por vía jurisprudencial. En el caso de Argentina, sobre la base de que, partiendo de las indicaciones del artículo 13 de la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743, sancionada el 9 de mayo de 2012 y promulgada el 23 de mayo de 2012) en ningún momento se habla o utiliza la expresión «varón y mujer, sino que se habla de «persona». En el caso de Colombia, como en otras muchas ocasiones, han sido los tribunales los que, frente a una legislación más restrictiva, han determinado el reconocimiento de derechos. Así ocurrió en la Sentencia de la sala 6.^a Corte Constitucional colombiana de 4 de febrero de 2022 en la que se reconoce el derecho de una persona transgénero que no se identificaba con ninguno de los sexos legalmente reconocidos, a ser inscrita como persona no binaria, entendiéndose para ello que «la norma que limita los marcadores de sexo a aquellos binarios desconoce a la persona accionante su vivencia y su experiencia de género que se constituye al margen de ellos. Obstaculiza así su derecho a la personalidad jurídica, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad de la parte accionante» (Sentencia T-033/22- Referencia: Expediente T-8.292. 437. Acción de tutela instaurada por Dani García Pulgarín contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Novena de Medellín. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Magistrada Sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado).

de Chile, que aprobó su Ley de Identidad de género, después de un largo proceso de discusión a lo largo de más de cinco años, en 2018. Analizaré brevemente también, por su carácter emblemático, la legislación de Malta y Dinamarca, con la finalidad igualmente comparativa respecto del texto español de 2023.

1. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DEL GÉNERO EN ARGENTINA

Argentina, a través de su Ley 26.743 de 23 de mayo de 2012⁸⁷, fue de los primeros países en reconocer el derecho a la identidad de género (art. 1) como vivencia interna e individual del género tal y

También en este punto Alemania ha dado un paso más, que viene de la mano de su Tribunal Constitucional, que en Sentencia de 10 de octubre de 2017, que fue más allá en la valoración del denominado «tercer sexo», al considerar insuficiente la posibilidad de no dejar registro del sexo (masculino o femenino) en el Registro Civil, exigiendo al poder legislativo la necesaria reforma para permitir la inscripción «en positivo» y con carácter de permanencia, de una tercera vía de inscripción que no necesariamente haya de corresponderse con el género femenino o masculino, posibilitando en definitiva la inscripción del nacido como «intersexual» o «diverso». Precisamente el Tribunal Constitucional alemán se apoya en el derecho constitucionalmente reconocido a la protección de la personalidad, por lo que las personas que no son ni hombres ni mujeres tienen derecho a inscribir su identidad de género de forma «positiva» en el registro de nacimiento. El mandato que el TC Alemán confería en su sentencia al poder legislativo le obligaba a acompañar la legislación de Registro Civil con la normativa constitucional antes de finalizar el año 2018. En respuesta a dicho mandato, el Consejo de ministros alemán aprobó el 15 de agosto de 2018 un Proyecto de Ley para introducir legalmente la posibilidad de la inscripción del tercer sexo, bajo la nomenclatura de género «diverso» [(Vid. BVerfG, Order of the First Senate of 10 October 2017 - 1 BvR 2019/16 - paras. (1-69). http://www.bverfg.de/e/rs20171010_1bvr201916en.html/ Vid, igualmente: No. 95/2017 of 08 November 2017.

(<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/bvg17-095.html>).

La ruptura con el binarismo en la inscripción registral no solo se está planteando en Alemania, sino también en otros países como Australia, Nepal o Paquistán (Vid. al respecto PLATERO MENÉNDEZ, R., «*Transexualidades. Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos*», ob. cit., pp. 46 ss.

En el caso de la legislación del Sur de Australia cabe ese tipo de inscripción de un «tercer sexo» conforme a la Legislación de nacimientos, fallecimientos y matrimonios, de 2011. En el caso australiano el tema es complejo en todo caso, dada la diferencia regulatoria atendiendo al especial sistema legal de carácter federal que establece un sistema competencial por materias conforme a la Constitución. Así en materia de inscripción de los nacimientos en todas las jurisdicciones, salvo en la Ley del Sur de Australia, el sexo del nacido ha de ser registrado y su determinación se basa en la inspección física de los genitales del nacido. En Sur Australia sin embargo el sexo del niño solo debe ser registrado si se determina. Sin embargo, no está claro si dicho registro debe ser masculino o femenino, o si se permiten legalmente otras categorías. Cabe el registro como varón, como mujer, intersexual, indeterminado y «para ser informado». En todo caso la ausencia de concreción en la inscripción tiene un límite temporal de seis meses, para reducir la presión sobre los padres en la toma de decisión sobre la definición del sexo de su hijo. (FENTON-GLYNN, C., «The legal status of intersex persons in Australia», en *The legal Status of intersex persons*, 2018, (SCHERPE J.M., DUTTA y HELMS, T., eds.), pp. 243-253.).

⁸⁷ Consultada: InfoLEG- Información Legislativa (Ministerio de Justicia y Derecho Humanos) <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm> (fecha de última consulta 6 de octubre de 2021).

como cada persona lo siente (corresponda o no con el sexo asignado con el nacimiento). Pudiendo involucrar (o no) la modificación de la apariencia o función corporal o no, a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole siempre que sea libremente escogido (art. 2)⁸⁸.

La Ley posibilita la solicitud de rectificación registral del sexo por falta de coincidencia con la identidad de género autopercebido (art. 3). Para hacer posible tal solicitud se requiere la mayoría de edad (18 años) y la presentación de una solicitud ante Registro Nacional de las Personas, de cambio de sexo y datos de la nueva identidad. No es necesario, en todo caso ni cirugía de reasignación ni tratamiento hormonal o tratamiento psicológico o médico alguno (art. 4).

Excepcionalmente los menores de edad (sin tope o límite mínimo) también tienen acceso al cambio de sexo (art. 5) a través de sus representantes legales y con la conformidad expresa del menor atendiendo a la «capacidad progresiva del menor» y al interés «superior del menor» conforme a la Convención de Derechos del niño y a la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Deberán contar en todo caso con la asistencia del abogado del niño conforme al artículo 27 de la Ley 26.061. Ante la ausencia de los consentimientos de los representantes la Ley posibilita recurrir a la vía judicial sumarísima para resolver sobre la solicitud⁸⁹.

⁸⁸ Para una visión sobre el proceso de gestación de la Ley con base en el proceso seguido en el camino hacia la despatologización y desmedicalización de la transexualidad resulta interesante seguir el trabajo de Anahí FARJI NEER y Ana MINES, «Gubernamentalidad, despatologización y (des) medicalización. Interrogantes sobre la Ley de Identidad de Género de Argentina (2011-2014); *Século XXI. Revista de Ciências Sociais*, v. 4, núm. 2 (jul-dc-2014), pp. 35-64.

En el proceso histórico que llevó al reconocimiento legal del derecho a la identidad de género, las organizaciones de travestís, transexuales y transgénero, surgidas a comienzo de la década de los 90 comenzaron a hacer públicas sus reclamaciones, comenzando con la demanda de descriminalización de sus identidades y cese de persecución policial, obteniendo una resolución (la número 122) que ya recomendaba el reconocimiento a la identidad autopercebida de travestís y transexuales en el ámbito educativo de la jurisdicción de Buenos Aires y en paralelo, dichas organizaciones se articularon junto con el campo académico feminista para la elaboración de informes de la situación social de su comunidad. Resulta además relevante poner de manifiesto que en Argentina comenzaron a presentarse distintos proyectos de Ley en 1997 y que previo a la Ley aprobada en 2012 se presentaron hasta 4 proyectos en las Comisiones de Legislación general y Justicia de la Cámara de Diputados (ob. cit. p. 48 a 50).

⁸⁹ Señala Herrera al respecto, que lo dispuesto en la Ley de 2012 debe completarse con lo dispuesto en el CC y Comercial de la Nación de 2014, que introduce expresamente el principio de autonomía progresiva de los menores, admitiendo que entre los 13 y 16 años tienen aptitud para decidir por sí mismos los tratamientos que no resulten invasivos ni comprometan su estado de salud o provoquen riesgo para su integridad física, siendo que entre los 16 y 18 años se consideran completamente adultos para tomar las decisiones sobre su propio cuerpo (MARISA HERRERA, «Identidad de género, binarismo y feminismo» en BENAVENTE MOREDA (COORD.), *Mujeres y Derechos. Una discusión jurídica sobre*

La eficacia de la rectificación registral del sexo, así como del nombre de la persona es completa y *erga omnes* desde el momento de su inscripción en el registro⁹⁰. Si bien, ello no implica que se altere la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción, ni las que tengan su origen en las relaciones propias del derecho de familia en todos los órdenes y grados (art. 7).

Por otro lado, la Ley prevé la posibilidad de nuevas modificaciones de la rectificación registral del sexo, con la correspondiente autorización judicial (art. 7) aunque no se indica el número de veces que esto pueda producirse.

En paralelo con lo señalado y para completar la cobertura plena y el libre desarrollo de la personalidad, el artículo 11 otorga a los mayores de edad el libre acceso a tratamientos e intervenciones quirúrgicas, previo consentimiento informado y, además, para el caso de los menores de edad, para las intervenciones quirúrgicas totales o parciales se requerirá autorización judicial que deberá en todo caso velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del menor. Relevante resulta igualmente la inclusión de todas las prestaciones en el Plan Médico obligatorio (art. 11)⁹¹.

En definitiva, con la Ley Argentina la transexualidad deja de ser considerada como una enfermedad, se garantiza el acceso universal y gratuito a las tecnologías médicas de transformación corporal, bajo el respaldo de la consideración del derecho a la identidad de género autopercibida como un derecho humano, sin que ello implique ni deba implicar un ataque a los derechos de las mujeres como

reproducción, sexualidad y género, Biblioteca de Gobernanza y Derechos Humanos. 6. Marcial Pons. 2020, pp. 243-263, esp. pp. 249-250.

⁹⁰ En palabras de Andrea. S. Kowalenko, «*el poder de ser nombrado conforme a la identidad de género con la cual las personas nos autopercebimos es uno de los grandes logros legislativos nacionales, que vino de la mano de la sanción de la Ley 26. 743, constituyendo una norma avanzada, sigue apuntando, en materia de reconocimiento de derechos elementales de las personas, que representa un giro copernicano en el paradigma de la identidad de género desprovista de judicialización y patologización.*» (S. KOWALENKO, A., «Nombre y género», en *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia- Derecho Civil. Derecho de las Familias. Niñez-Salud*, tomo I (Herrera, M., De la Torre, N., Fernández- Dir.; Videtta C. A.- Coord. General), (Herrera, M., De la Torre, N., Fernández, S. E; Lloveras, N y Lamm, E- Coord.), pp. 73 ss.

⁹¹ La despatologización presentaba su contrapartida en el argumentario de quienes manifestaban su desacuerdo a exigir la cobertura del sistema público de salud en atención a las demandas de las personas trans, entendiendo que, si dejaba de ser una patología, tal cobertura debería ser prioritaria a los tratamientos de patologías. Ello fue objeto de debate parlamentario entre los diferentes partidos políticos, si bien se alzó la posición que finalmente prosperó en la Ley entendiendo que el acceso a las tecnologías de transformación corporal formaba parte del derecho al desarrollo de la propia identidad (FARJI NEER, A. y MINES, A, ob. cit., pp. 53 ss.).

se plantea desde ciertos sectores del feminismo⁹². Igualmente, y en consonancia con lo dispuesto en su artículo 13 se ha indicado que en el texto de la Ley en ningún momento se mencionan los términos varón o mujer por lo que no se circunscribe su aplicación al cambio de identidad de género en clave binaria, aunque en la mayoría de los casos se ha producido ese binarismo (de hombre cis a mujer trans o de mujer cis a hombre trans)⁹³.

La realidad en la práctica registral argentina en estos momentos pasa por la admisión de la inscripción del género no binario partiendo de la interpretación no binarista que se hace del artículo 2 de la Ley de Identidad de género. En este sentido la posibilidad se presentó en noviembre de 2018 en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de Mendoza, a través de la Resolución 420/2018 que con apoyo en el citado artículo 2 reconoció el derecho de dos personas mendocinas al reconocimiento legal de género autopercibido solicitando que en su partida de nacimiento no se consignara sexo alguno. Posteriormente se sucedieron otros casos que culminan con la publicación el 21 de julio de 2021 del Decreto 476/2021, conforme al cual se permite, junto con la utili-

⁹² El argumento esencial para la despatologización se encontraba en que patologizar la transexualidad era entendida como una práctica violatoria de los derechos humanos de las personas trans en la línea señalada por los Principios de Yogyakarta (FARJI NEER, A. y MINES, A., «Gubernamentalidad, despatologización y (des) medicalización. Interrogantes sobre la Ley de Identidad de Género de Argentina (2011-2014)» *ob. cit.* pp. 38 y 52 ss.

Romper con la despatologización supone en palabras de Marisa Herrera romper con las trabas y limitaciones a la autonomía, libertad o «identidad autopercibida» (HERRERA, M., «Identidad de género, binarismo y feminismo», en *Mujeres y Derechos. Una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género* (Benavente Moreda, coord.). Biblioteca de Gobernanza y Derechos Humanos. 6. Marcial Pons. 2020, pp. 243-263, esp. pp. 247 a 249.

⁹³ Conforme al cual «Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género, de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo». De la redacción del citado precepto Herrera infiere claramente que, puesto que la Ley no se refiere en ningún momento al binarismo, la disposición de clausura que recoge el citado artículo 13 ha de interpretarse claramente en el sentido de que utilizar el término «binario» estaría en contra de esta disposición (HERRERA, M., *ob. cit.* pp. 252-53). Reitera tal valoración Kowalenko, quien afirma que la identidad de género habilita más opciones que el binarismo, todas aquellas que les permitan a las personas vivir conforme a su propias percepciones e identificaciones. La identidad de género es, en palabras de la autora, un concepto amplio, autoconstructivo y autorreflexivo, que abarca todas las complejidades de la persona humana. Se avala la posición manifestada mediante la remisión a numerosos supuestos en los que a nivel internacional y en el ámbito regional argentino se ha permitido la inscripción registral de la identidad de una persona sin referencia a sexo alguno, pese a que la legislación registral al respecto exige la consignación del sexo del nacido.

zación en documentos oficiales del sexo masculino y femenino, la referencia: «X», comprensiva de las acepciones: no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercebida, no consignada u otras acepciones con la que pudiera identificarse la persona que no se siente comprendida en el binomio masculino/femenino⁹⁴

Resulta interesante al respecto y de aplicación en todo caso a todos los países vinculados por los acuerdos y decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la opinión consultiva sobre identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo emitida a solicitud del Estado de Puerto Rico) 0C-24/17 de 24 de noviembre de 2017 (Serie A, N.º 24)⁹⁵ que man-

⁹⁴ HERRERA, M., «Manual de Derecho de las Familias» (2023), 3.ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 1152-1153. *Vid.* igualmente de la autora: «Pluralismos identitario: Avances y desafíos de las personas no binarias», en Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Durán de Kaplan, V. (dirs.), *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias. A un lustro del Código Civil y Comercial. Libro homenaje a Nora Lloveras*, Rubinzal-Culzoni Ed., Buenos Aires, 2020, pp. 81 a 113.

⁹⁵ La Opinión Consultiva titulada «identidad de género, e igualdad u no discriminación a parejas del mismo sexo», fue emitida en respuesta a una solicitud presentada por el Estado de Costa Rica que buscaba responder a cinco preguntas en torno a dos temas relacionados con derechos de personas LGTBI. El primero de ellos versa sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género y en particular sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre debido a la identidad de género.

Nos centramos en el contenido de la primera de las cuestiones planteadas a los efectos que nos interesan en este trabajo: 1. «Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CIDH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?»; 2. «En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CIDH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?»; 3. «¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?».

Con la finalidad de responder a las preguntas planteadas, el Tribunal desarrolló consideraciones en torno al principio de igualdad y no discriminación, al derecho a la identidad y a la identidad de género, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al nombre y el derecho a la identidad de género, a los procedimientos de cambio de nombre y demás datos de identidad por razones de identidad de género, al procedimiento de cambio de nombre previsto por el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica,

(El texto íntegro de la Opinión Consultiva puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=e

En web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opiniones consultivas) (Resumen oficial de la opinión consultiva planteada) https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm/ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_24_esp.pdf (visitado 25 de octubre de 2021).

tiene una consonancia con los pronunciamientos del TEDH en este caso con la Sentencia de 19 de enero de 2021 (Caso X e Y vs. Rumanía) núm. 2145/16 y 20607/16).

En relación con la Opinión Consultiva mencionada, Marisa Herrera, manifiesta la total consonancia existente entre dicha Opinión y la Ley de Identidad de género de Argentina. La autora pone de manifiesto que tanto la Legislación argentina como el texto de la propia Opinión consultiva no se configuran en clave de «binarismo» en la medida en que se reconoce como válido el sexo/género autopercebido, lo que implica entender el reconocimiento de la identidad necesariamente en clave no binaria. Al hilo precisamente de la puesta en tela de juicio de la necesidad o no de mantener el binarismo, la autora se plantea en esencia si ello pone en crisis igualmente el feminismo para afirmar de manera contundente que no binarismo y feminismo son claramente compatibles afirmando que todos los avances que se han producido en el reconocimiento de los derechos de las personas trans han tenido un impacto claramente positivo en las diferentes iniciativas y luchas del feminismo, con exclusión sin embargo en los postulados del denominado feminismo conocido como TERF (Feminismo radical trans excluyente de las mujeres trans en los espacios feministas)⁹⁶.

⁹⁶ HERRERA, M. «Identidad de Género, Binarismo y Feminismo» (2020), *ob. cit.*, pp. 265 ss. La autora se manifiesta de forma clara contra los postulados de un feminismo TERF, manteniendo la compatibilidad entre identidad de género no binaria y feminismo, debiendo ambos mantener su propia identidad y defender sus intereses sin la necesidad de que eso sea a costa de tener que ceder derechos adquiridos por parte de alguno de ellos. Mantener el binarismo es fundamental, apunta acertadamente la autora, para respetar y mantener el diseño e implementación de acciones positivas debido al género, pero ello no es óbice para proponer la coexistencia de un ordenamiento jurídico que a la par reconozca las identidades no binarias y de respuesta a las necesidades jurídicas de ese otro colectivo más minoritario.

En línea con lo indicado por la autora, resulta esencial tener en cuenta que en el caso español, el rechazo por parte de determinado sector del feminismo, no se plantea en sí, al reconocimiento del derecho al cambio de sexo, admitido y recogido esencialmente de forma legal desde la Ley 3/2007, conforme a la cual se permitió la modificación registral del sexo de las personas sin necesidad de cumplimentar la cirugía de reasignación sexual, pero requiriendo necesariamente la existencia de una disforia de género y por tanto amparada en la patologización de la transexualidad.

El problema se ha agudizado de la mano del giro hacia la «autodeterminación del sexo/género» que ha comenzado a dar el ordenamiento español, de la mano de la existencia de diferentes proposiciones de ley y del anteproyecto y la propia Ley de 2023, así como de los ya vigentes textos en el ámbito de las CCAA, y de la propia evolución de los organismos internacionales y del propio TEDH (en su Sentencia de 19 de enero de 2021) que reconoce en el marco del artículo 8 del Convenio como derecho a la identidad el reconocimiento de la autoproclamada identidad de género al margen de tratamientos médicos y vinculada en esencia con la sola manifestación de la autonomía de la voluntad y mero

2. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DEL GÉNERO EN CHILE

La vigente Ley chilena de 2018 (Ley núm.. 21.120)⁹⁷, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, encuentra su origen en el Proyecto de Ley de 5 de mayo de 2013 cuyos mayores escollos giraron esencialmente entorno a la despatologización de la transexualidad, la procedencia de su aplicación a los menores de edad y adolescentes y el cambio de sexo de las personas casadas (al no permitirse hasta 2022 el matrimonio igualitario en Chile). Obviamente la Ley recibe la directa influencia en su contenido, de la Opinión Consultiva de la CIDH OC-24/17 de noviembre de 2017, ya citada, en la que se insta a que los trámites para realizar el cambio de nombre y sexo registral deben ser expeditos y administrativos.

Se reconoce el derecho a la identidad de género y la rectificación registral del nombre y sexo de toda persona cuyo género no coincide con su sexo y nombre registral⁹⁸. La identidad de género queda definida ya en su artículo 1 como la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal y como la persona se percibe a sí misma, que puede o no corresponder con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento. La rectificación citada podrá involucrar o no la modificación de la apariencia física a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos siempre que sean libremente consentidos (art. 1). Resulta obvio en todo caso que el derecho a la autodeterminación del género se mueve dentro de los márgenes del binarismo.

consentimiento en tal sentido. El argumento en esencia: el reconocimiento mermado de los derechos «colaterales» vinculados al reconocimiento de las mujeres trans, de la mano de la posición tendente a considera, como apuntaba Herrera respecto del derecho argentino y para los casos de la ruptura del binarismo, de las acciones positivas y los logros conseguidos por el feminismo para las mujeres. La exclusión de tales derechos a las mujeres trans, máximo cuando su identidad como mujer viene de la mano de una mera declaración de autopercepción del género femenino sentido, es lo que está en debate profundo en los momentos actuales en la materia.

⁹⁷ Publicada en el Diario oficial de la República de Chile, 10 de diciembre de 2018, N.º 42.225.

Vid. Informes ILGA World: Zhan Chiam Sandra Duffy Matilda González Gil Lara Goodwin Nigel Timothy Mpemba Patel (Informe de mapeo legal trans. Reconocimiento ante la Ley; 3.ª ed. 2019- Ilga.org (TLMR2019-EN (ilga.org). pp. 202 ss.

Esta ley ha de analizarse en consonancia con la Ley 21400 de 9 de diciembre de 2021 (en vigor desde marzo de 2022) que regula el matrimonio igualitario y conforme a cuyo artículo 19 se modifican los cauces para la rectificación registral del sexo de las personas en tanto en cuanto el cambio de sexo no afecta a la vigencia del matrimonio.

⁹⁸ Las personas extranjeras solo pueden rectificar su sexo y nombre para los efectos de la emisión de documentos chilenos, debiendo previamente inscribir su nacimiento en la oficina de Santiago de Registro Civil e Identificación y acreditar la permanencia definitiva en Chile (arts. 7 y 9).

El objetivo de la Ley es permitir el cambio de nombre y sexo registral de una persona, cuando dicha partida no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género. Por tanto, su esencia es la regulación de los procedimientos administrativos o judiciales para proceder a tal rectificación, dejando claro que en ningún caso el órgano correspondiente podrá exigir modificaciones físicas o tratamientos médicos o quirúrgicos para ello (art. 2).

Los Principios esenciales sobre los que se apoya la Ley son los siguientes: a) *El principio de no patologización* (artículo 5, letra a), en virtud del que nace el derecho de toda persona trans a no ser tratada como enferma, razón por la que también se prohíbe la realización de exámenes físicos al solicitante menor de 18 años (artículo 17, inciso 4.º); b) *El principio de no discriminación arbitraria* (artículo 5, letra b), en virtud del que los órganos del Estado deben garantizar que no se cometerán exclusiones, distinciones o restricciones sin justificación razonable, en los términos de la Ley antidiscriminación; c) *El principio de confidencialidad* (artículo 5, letra c) en virtud del que se establece el carácter reservado de los procedimientos de la ley y toda información vinculada a ellos será dato sensible (artículo 8); d) *El principio de dignidad en el trato* que se traduce como una obligación a los órganos del Estado a dar un trato amable y respetuoso [artículo 5, letra d)], y e) *El principio de interés superior del niño y de autonomía progresiva*, en virtud del cual, los órganos del Estado deben garantizar el pleno goce de sus derechos y garantías, en los términos del artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño, y el ejercicio autónomo de éstos en consonancia con sus facultades (artículo 5, letras e y f).

La Ley preveía originariamente (Títulos III y IV) tres tipos de cauces diferentes para modificar registralmente el cambio de sexo, según la rectificación afectase a personas mayores de edad solteras, mayores de edad casadas y un tercero para menores, mayores de 14 y menores de 18 años. El primero de los procesos era de carácter administrativo (arts. 9 a 11) permitiéndose la rectificación hasta dos veces⁹⁹, mientras que los otros dos habían de encauzarse ante los juzgados de familia¹⁰⁰. Como se puede observar, los elementos

⁹⁹ La competencia para resolver le corresponde al Servicio de Registro Civil e identificación, que deberá comprobar la identidad del o la solicitante, que será citado junto con dos testigos, a una comparecencia especial para ratificar su conocimiento de los efectos y consecuencias de la modificación de su nombre y sexo. La resolución que acuerde o deniegue – motivadamente– la solicitud, deberá adoptarse en un plazo máximo de cuarenta y cinco días. Sólo procederá la denegación cuando la formule persona menor de edad o con vínculo matrimonial subsistente.

¹⁰⁰ En el caso de los menores, mayores de 14 años (arts. 12 a 17) la solicitud deberá ser presentada por sus representantes legales o alguno de ellos. Tras la presentación de la solicitud, debidamente fundada en derecho, el menor junto con sus representantes legales solicitantes, será citado a una audiencia previa a la que también se citará a los representan-

determinantes de uno u otros cauces eran, por un lado, la edad y por otro la existencia o no de vínculo matrimonial previo (esto último esencial en ordenamientos como el chileno en que no se permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁰¹).

Desde marzo de 2022, con la entrada en vigor de la Ley de matrimonio igualitario se suprime expresamente la referencia al procedimiento del apartado concreto relativo a la tramitación de las personas casadas, incluyéndose simplemente la necesidad de notificación de la rectificación al cónyuge, que, conforme al artículo 19 cuenta con la posibilidad de solicitar la nulidad de su matrimonio. El cambio de sexo no determina por tanto la disolución del matrimonio como ocurría inicialmente.

La ley no contempla la posibilidad de que los menores de 14 años puedan cambiar su nombre y sexo registral, pese a que judicialmente ya ha sido autorizado en algunas ocasiones invocando la aplicación de la ley 17.344 de cambio de nombres y apellidos. Así las cosas, respecto de las y los niños trans menores de 14 años, sólo existe protección específica a nivel escolar, a través de lo dispuesto en la Circular 0768 de la Superintendencia de Educación. La persona conserva su Rol Único Nacional (RUN) y para efectos legales, es solo una corrección de nombre de pila acorde a su identidad de género, mas no de sus apellidos.

tes del menor que se opondan a la solicitud. La ley prevé la celebración de dos tipos de audiencias: una preliminar (art. 16) destinada a informar de las consecuencias y características de la rectificación, así como a permitir que el menor manifieste su voluntad en relación con el cambio de sexo y nombre solicitados; otra segunda audiencia, la preparatoria del juicio (art. 17) en la que podrán ser citadas otras personas para que declaren en relación con los antecedentes de hecho presentados en la solicitud. Igualmente, el tribunal podrá solicitar la presentación de informes psicológicos o psicosociales del menor relativos a su situación y/o la posible influencia de terceros sobre la voluntad expresada en relación con su identidad de género. También en la audiencia preparatoria podrán acordarse la realización de diligencias que se estimen necesarias para la adopción de la decisión correspondiente.

Una tercera audiencia, la del juicio, estará destinada a la audiencia de las personas citadas, así como la rendición de las pruebas admitidas. El Juez, en caso de admitir la solicitud, ordenará al Servicio del Registro Civil e identificación, la rectificación de la partida de nacimiento, con el cambio de sexo y nombre, cuando proceda.

¹⁰¹ En el caso de la STEDH de 16 de julio de 2014 (Caso *Hämäläinen contra Finlandia*, TEDH2014\50) la Gran Sala resolvió en contra de la vulneración del artículo 8 del Convenio, en un supuesto en el que, cuando en Finlandia no se permitía el matrimonio igualitario, era exigible, para proceder a la rectificación del sexo de una persona casada, la disolución del matrimonio del transexual. El Tribunal entendió que no existía tal vulneración de la vida privada del transexual en la medida en que el derecho finés permitía otorgar el mismo valor y efectos jurídicos a la pareja de hecho, en lo que se podría convertir la relación, antes matrimonio heterosexual, una vez divorciados los miembros de la pareja como consecuencia del cambio de sexo operado.

3. LAS LEGISLACIONES DE DINAMARCA, MALTA Y PORTUGAL COMO EJEMPLOS EUROPEOS.

1. Dinamarca fue uno de los primeros países europeos en admitir el cambio de sexo por el mero consentimiento y atendiendo exclusivamente a la autopercepción personal o identificación con el género contrario al asignado a su sexo con el nacimiento¹⁰². Parte en todo caso del binarismo¹⁰³.

En abril de 2014 se presentó el Proyecto de Ley (*Lovforslag* L 182 y L 189), aprobado en el Parlamento junio de 2014¹⁰⁴, que

¹⁰² VIDERVAEK MUNKHOLM, Natalie, «Legal Status of transsexual and transgender person in Denmark», en J. M. Scherpe (ed.) *The Legal Status of Transsexual and transgender persons*, Intersentia, 2015, pp. 147 a 181. *Vid.* igualmente DIETZ, C., *Governing Legal Embodiment: On the Limits of SelfDeclaration* (Fem Leg Stud (2018) 26:185–204 <https://doi.org/10.1007/s10691-018-9373-4>). La autora pone en debate el principio de autodeterminación del género a la vista de la Ley danesa que lo regula, constituyendo la primera investigación empírica y teórica informada sobre la efectividad del modelo de autodeterminación. Sostiene que tal modelo encuentra limitaciones. La autodeterminación puede no abordar algunas cuestiones complejas particularmente en lo que respecta a las restricciones de acceso de las personas trans e intersex a la atención médica. A medida que avanza el número de países que lo reconocen, estima, que a través de este criterio de autodeterminación sigue habiendo una brecha en la literatura sobre cuán efectiva ha sido la autodeterminación para satisfacer las necesidades de los sujetos que no se identifican con el género que se les asignó al nacer (<https://link.springer.com/article/10.1007/s10691-018-9373-4#citeas>) (consulta 21 de diciembre de 2021) (Estudios legales feministas 26, 185-204 (2018).

¹⁰³ Binarismo con el que actualmente empiezan a romper determinados países europeos, en la línea de la legislación argentina. Así, mientras que en Francia existen quejas por la incorporación en el diccionario del pronombre «iel», en Bélgica retiró la referencia al género de los documentos relativos a la identidad de las personas, suprimiendo la referencia al masculino/femenino, como consecuencia de la sentencia de la Corte Constitucional de 19 de junio de 2019 (Cour Constitutionnelle, arrêt n. 99/19 junio 2019, n. 99/2019, <https://bit.ly/2vJVtf2>), que decidió revertir la ley sobre las personas transgénero de 25 de junio de 2017, en la que el legislador belga ya recogía el derecho a la autodeterminación del género conforme a la autopercepción de la persona aunque sin embargo mantenía el binarismo como criterio de autodeterminación y autodefinición (El contenido de la Ley se puede consultar en http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=2017062503).

La Corte declaró la inconstitucionalidad de la referencia al femenino o masculino en los documentos oficiales. En esta sentencia se instaba al legislador a proponer otras categorías que se adapten a todas las personas o simplemente a eliminar la mención del género y esta última es la opción que se ha elegido. «Plus de F ni de M: la Belgique supprime le genre des papiers d'identité, un cap important», Madmoizelle (<https://www.madmoizelle.com/> 30 de noviembre de 2021) (consulta 5 de diciembre de 2021) (*Vid.* al respecto Rubio Marín, R. y Osella, S. 2020. El nuevo derecho constitucional a la identidad de género: entre la libertad de elección, el incremento de categorías y la subjetividad y fluidez de sus contenidos. Un análisis desde el derecho comparado. *Revista española de Derecho Constitucional*, 118, 45-75. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.118.02>.

Bélgica es uno de los países europeos, después de Malta, que ocupa una posición prominente en el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI, cumpliendo un 76% de las exigencias sobre el reconocimiento de los derechos humanos, conforme al Informe Anual presentado por Ilga Europa en 2023 (<https://rainbow-europe.org/#8624/0/0>) (fecha de consulta 8 de febrero de 2024)

¹⁰⁴ <https://www.thedanishparliament.dk/>

introduce una reforma que permite el cambio del indicativo legal de género que aparece en el CPR sin necesidad del cambio biológico del sexo, así los derechos y obligaciones se establecen en función del género reflejado en el CPR (pasaporte, cambio de nombre, etc.). La clave de la regulación danesa se encuentra en marcar la diferencia entre el cambio de sexo y el cambio de género, de tal forma que hablar de personas transgénero se considera políticamente como una cuestión de identidad de género y no como una cuestión de orientación sexual.

La legislación danesa de 2014 parte de la despatologización de la transexualidad, pero el ordenamiento seguía manteniendo determinadas normas que son aplicables atendiendo a la diferenciación según el sexo biológico (Ley de Sanidad o Ley de menores, por ejemplo). En todo caso hay que tener en cuenta que dentro del idioma danés no se diferencia entre los términos sexo y género, utilizando el término genérico «køn», referido tanto a los aspectos sociales como biológicos.

Como en otros ordenamientos protectores, el sistema público de salud financia los tratamientos de las personas diagnosticadas como transexuales médicamente¹⁰⁵.

Para proceder a la rectificación del género, según la Ley danesa de 2014, es necesario presentar solicitud de cambio en el número CPR ante el Ministerio de Economía y Asuntos domésticos indicando que se insta la rectificación en base a la creencia de pertenecer a otro género suficientemente meditada. Automáticamente el solicitante recibirá su nueva cartilla sanitaria y requerimiento para completar los datos y el nuevo nombre para acomodarse a las exigencias del *Name act*. Para poder presentar la solicitud señalada se requiere haber nacido en Dinamarca o llevar residiendo al menos tres meses allí. Solo será posible tal tipo de rectificación para las personas mayores de edad y sus consecuencias legales serán el cambio de nombre/nueva identificación, aunque determinadas obligaciones o derechos siguen quedando vinculados con el sexo biológico asignado con el nacimiento como puede ser la prestación de servicio militar obligatorio para los varones, aunque biológicamente sean mujeres.

En materia de reproducción asistida en cuanto se refiere a la protección vinculada con la identidad de género autopercibido, la Ley de Reproducción asistida danesa, a partir de 2014, clarificó sin embargo que a efectos legales debía entenderse como mujer/hombre, a la persona con órganos genitales femeninos o masculinos, con independencia de su consideración legal como perteneciente al

¹⁰⁵ VIDERVAEK MUNKHOLM, Natalie, «Legal Status of transsexual and transgender person in Denmark», *ob. cit.* pp. 168 y 169.

género contrario. Por ello queda claro, como en otras materias que mencionamos a continuación, que el derecho a la reproducción asistida se vincula con el sexo biológico de una persona y no con el legalmente atribuido. Por lo que se refiere al derecho a contraer matrimonio y los efectos del mismo en relación con el tema que nos ocupa, es la *Marriage Act* de 2012 la que regula el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo con igualdad de derechos y efectos que los matrimonios heterosexuales (los efectos se encuentran regulados en la ley reguladora de las consecuencias del matrimonio: *Lov om aegteskabets retsvirkninger, lovbekendtgørelse nr. 1053*, de 12 de noviembre de 2012), aunque en algunas cuestiones existe un tratamiento diferenciado.

En relación con la paternidad y relaciones paternofiliales vinculadas con el tema que nos ocupa, la «Children Act» de 2013, mantiene que, aun existiendo un cambio legal de género por parte de un hombre, éste mantendrá legalmente su condición y obligaciones como padre respecto de sus hijos, aunque legalmente sea considerado como mujer¹⁰⁶. La ley por tanto en este punto atiende a la condición sexual de la persona y no al género legal que pueda corresponderle, de tal forma que será madre quien ha dado a luz al nacido independientemente de que sea legalmente un varón; igualmente si la madre está casada con una persona que era mujer biológicamente en su nacimiento, este será considerado como padre aunque legalmente pertenezca al género femenino; lo mismo ocurre en el caso de que la madre, no casada, tenga una relación con una persona de origen biológico masculino aunque legalmente sea mujer. Prevalce, en materia de determinación de la paternidad, por tanto, la condición sexual de nacimiento del progenitor y no la legalmente determinada si ambas difieren.

En 2020 se lanzó por parte del Gobierno una iniciativa con 10 propuestas para fortalecer los derechos de las personas LGTBI, entre las que se encontraban la posibilidad del cambio de género legal de los menores de 18 años, abriendo la posibilidad del cambio de género para menores de 18 años de acuerdo con los mismos esquemas que para los adultos. Actualmente los menores transgénero ya pueden cambiar su nombre y recibir tratamiento en el sistema hospitalario si lo desean. Por lo tanto, la evaluación en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos es que también deben poder cambiar su número de seguridad social¹⁰⁷.

¹⁰⁶ VIDERVAEK MUNKHOLM, *ob. cit.*, pp. 170-171.

¹⁰⁷ <https://fvm.dk/nyheder/nyhed/nyhed/nye-initiativer-skal-sikre-plads-til-forskellighed/> (Ministerio de Alimentación, Agricultura y Pesca de Dinamarca) (fecha de consulta: 16 de noviembre de 2021).

2. Rige en Malta actualmente la Ley de Identidad de género, expresión de género y características sexuales¹⁰⁸ (*Gender identity, gender expression and sex characteristics act* cuya primera regulación entró en vigor el 15 de abril de 2015, siendo modificada posteriormente en 2016 y 2018 (Enlace ELI: eli / cap / 540). Igualmente, ha de tenerse en cuenta la Ley de Afirmación de la orientación sexual, identidad y expresión de género de 9 de diciembre de 2016¹⁰⁹. Malta es el país europeo con mayor protección de los derechos de las personas LTGBI en Europa según el último informe Ilga Europa emitido en 2023¹¹⁰.

En la citada legislación, conforme a su vigente regulación se parte de la base de que toda persona ciudadana de Malta tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su personalidad acorde con su identidad de género, así como a ser tratado conforme a dicha identidad. Sin perjuicio de ello, se mantendrán los derechos nacidos con anterioridad derivados de las relaciones paternofiliales o de un matrimonio, así como los derechos sucesorios y patrimoniales anteriores.

No se requiere cirugía de reasignación alguna ni tratamiento médico u hormonal para la determinación del cambio de sexo. Para proceder a la rectificación del sexo y el nombre de las personas será suficiente la solicitud de rectificación sin exigir otra evidencia que la mera declaración del solicitante. El acceso al cambio de sexo mediante la mera solicitud personal está previsto para mayores de 18 años, pudiéndose rectificar una segunda vez mediante el correspondiente procedimiento judicial.

Los menores de edad también podrán acceder a todos los derechos establecidos por la ley. Si bien será necesario para proceder a la rectificación del sexo de estos que la decisión se adopte por la autoridad judicial. Así es posible que se presente solicitud por los menores ante el Juez, mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, por sus representantes o tutores, valorando la posición del menor atendiendo a su edad y madurez (art. 7.1). En estos casos la autoridad judicial deberá actuar atendiendo al interés superior del menor conforme a la Convención de Derechos del niño. En caso de

El contenido de tales propuestas aparece completo en la publicación *Frihed til forskellighed – styrkede rettigheder og muligheder for LGBTI-personer* (agosto 2020) (https://fvm.dk/fileadmin/user_upload/MFVM/Ligestilling/lgbt_publication_skaermlaesbar.pdf) (fecha consulta 16 de noviembre de 2021).

¹⁰⁸ Acceso en: <https://legislation.mt/eli/cap/540/20180514/eng/> y <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12312&l=1>

¹⁰⁹ Acceso en: <https://legislation.mt/eli/cap/567/eng>

¹¹⁰ Puede consultarse el contenido completo del mismo en el informe *Rainbow-Europe, de 2023*, disponible en <https://rainbow-europe.org/#8647/0/0> (fecha de última consulta 8 de febrero de 2024).

acceder a la solicitud, deberá instarse el cambio de sexo y nombre en el registro y en la partida de nacimiento del menor.

Por otro lado, y de conformidad con el artículo 7.4 del texto legal, se reconoce el derecho a no hacer constar el sexo del nacido (casos de intersexualidad) en el momento del nacimiento, previéndose que sus representantes legales puedan solicitar posteriormente la correspondiente inscripción, antes del cumplimiento de los 18 años, contando para ello con su asentimiento. Se prevé por tanto la posibilidad de no hacer constar el sexo del nacido en el momento del nacimiento, lo que supuso ya en su momento una novedad frente al sistema previsto en otros ordenamientos jurídicos como el español donde se debe hacer constar (art. 44 LRC) el sexo del nacido.

3. PORTUGAL (LAS LEYES DE 15 DE MARZO DE 2011 Y 13 DE ABRIL DE 2018)¹¹¹

Inicialmente, como en el caso español, Portugal reguló la posibilidad de cambio de sexo y nombre propio en el Registro Civil a través de la Ley 7/2011, de 15 de marzo, por la que tal posibilidad se permitía a los nacionales portugueses, mayores de edad, no afectados por anomalías o inhabilidades psíquicas que hubieran sido diagnosticados de perturbaciones en la identidad de género. Se parte por tanto inicialmente de una valoración de la transexualidad y del cambio de sexo como patología (arts. 2 y 3).

Será sin embargo la Ley de 13 de abril de 2018 (Ley 38/2018) (Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa)¹¹² la que, siguiendo la estela de otros países europeos ya mencionados, permita el cambio de sexo y nombre prevaleciendo el derecho a la autodeterminación y por tanto despatologizando la transexualidad (art. 1 y 3), manteniendo el derecho de toda persona a mantener sus características sexuales primarias o secundarias (art. 4). Tal posibilidad se otorga a los mayores de edad y menores a partir de los 16 años, en este último caso con la autorización de sus representantes legales¹¹³. La ley protege también en todo caso

¹¹¹ Portugal ocupa un 11.º puesto en el reconocimiento de derechos a las personas LGTB, conforme al informe publicado en ILGA-Europe- 2023, que se puede consultar en: <https://rainbow-europe.org/#8654/0/0> (última consulta 8 de febrero de 2024).

¹¹² (*Diário da República* núm. 151/2018, Série I de 2018-08-07, páginas 3922 – 3924- (2018-08-07) Consulta en: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/38-2018-115933863>.

¹¹³ Inicialmente la autodeterminación estaba prevista también para los casos de los menores de edad, pero tras el veto formulado por el presidente de la república, se exige, para el caso de los menores de edad, mayores de 16 años, la existencia de un informe médico previo.

a menores y recién nacidos intersexuales, prohibiendo las intervenciones quirúrgicas, farmacológicas u otros tratamientos sobre ellos, salvo situaciones de comprobado riesgo para su salud, hasta el momento en que se manifieste su propia identidad de género (arts. 5 y 7).

El reconocimiento de la identidad de género supone la apertura de un procedimiento de cambio de sexo y nombre en el registro civil, de naturaleza confidencial, a instancia del propio interesado, sus herederos, autoridades judiciales o policiales o mediante decisión judicial. La rectificación indicada puede ser objeto de una nueva modificación mediante autorización judicial e igualmente es objeto de reconocimiento la rectificación registral realizada por autoridad extranjera que de acuerdo con la legislación del país será reconocida en los términos previstos en la ley (art. 6).

Están legitimados para instar la rectificación registral de su sexo las personas de nacionalidad portuguesa, mayores de edad que no estén incapacitadas por anomalías psíquicas y cuya identidad de género no se corresponda con el sexo atribuido con el nacimiento. Los menores de edad mayores de 16 años podrán instar la rectificación registral indicada a través de sus representantes legales.

Tal procedimiento se inicia ante el correspondiente registro civil (art. 8) cuya autoridad competente habrá de resolver en el plazo de 8 días hábiles desde la fecha de presentación de la solicitud y tras la verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 7 de la ley. En todo caso ninguna persona puede ser obligada a acreditar el sometimiento a tratamientos médicos, incluida la cirugía de reasignación de sexo, esterilización o terapia hormonal, ni a tratamientos psicológicos o psiquiátricos como requisitos necesarios para obtener la resolución favorable a la rectificación. La denegación de la rectificación registral de la identidad de género será recurrible ante el presidente del Instituto de los registros y notariado (art. 9).

En cuanto a los efectos de la rectificación señalada (aspecto generalmente más problemático y discutido en algunos ordenamientos jurídicos como es el caso español) (art. 10) no afectará a los derechos y obligaciones preexistentes con anterioridad a la misma. En todo caso en cambio de identidad de género dará derecho a utilizar a todos los efectos y en todos los documentos de identificación la identidad modificada.

Dentro de las medidas de protección a favor de las personas cuya identidad se rectifica, se encuentra el acceso a los servicios de referencia o unidades especializadas en el Servicio Nacional de Salud, especialmente señaladas para tratamientos o intervenciones

quirúrgicas, farmacológicas o de otra naturaleza, destinadas a permitir la conformidad corporal con la identidad de género (art. 11). Igualmente, el Estado venía obligado a adoptar medidas en todos los niveles del sistema educativo que promuevan el ejercicio del derecho a la autodeterminación de la identidad de género (art. 12), debiéndose garantizar la adopción de medidas de respeto a dicha identidad por parte de los establecimientos del sistema educativo, sean públicos o privados.

V. LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 4/2023 EN MATERIA DE FILIACIÓN

La Ley 4/2023, ha introducido relevantes modificaciones en materia de filiación, afectando directamente al contenido de determinados preceptos del Código civil y de la Ley de Registro civil. Reflejaré a continuación los aspectos que considero más relevantes y polémicos de esta nueva regulación la LT, utilizando para ello, desde mi punto de vista, una técnica legislativa deficiente.

Desde hace más de una década he venido manifestándome, como un amplio sector de la doctrina y últimamente también el propio Tribunal Supremo¹¹⁴, sobre la necesidad de modificar de forma uniforme y unitaria toda la normativa reguladora de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico. A los errores de legislar en paralelo me he venido refiriendo en reiteradas ocasiones precisamente con ocasión de las modificaciones que diversas leyes (Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley de Registro civil, Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, Ley de Jurisdicción Voluntaria, o la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, entre otras) han venido realizando en una materia tan sensible y esencial de nuestro derecho como es la filiación. El legislador ha ido aprovechando cambios legislativos de motivación diferente para introducir modificaciones en una materia como la descrita, que estaba originariamente articulada sobre unos parámetros absolutamente biologicistas. Ello ha conducido, sin ningún género de dudas a dislocar totalmente los elementos del puzle que, para gusto o dis-

¹¹⁴ Recientemente lo reiteran las SSTS 45/2022, de 27 de enero (RJ 2022/576) y num. 558/2022 de 11 de julio (RJ 2022/3820) en las que, con ocasión de sendas reclamaciones de maternidad no matrimonial por posesión de estado, en supuestos de filiación derivada del uso de TRA, se afirma la necesidad de una revisión de conjunto del sistema de filiación que encaje de manera adecuada la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, tanto por lo que se refiere a la determinación extrajudicial como a las acciones judiciales de reclamación e impugnación.

gusto del destinatario, estaba perfectamente articulado sobre unos parámetros que ahora se alteran. Se esté o no de acuerdo con ellos.

Introducir elementos como la «voluntad procreacional», la doble maternidad/paternidad o el cambio de sexo sin llevar a cabo cirugía de reasignación o, como hace la Ley trans, por la mera declaración de autopercepción del sexo/género sentido, en la estructura binaria y heterosexual de la relación filiatoria que se basaba en la verdad biológica y en la paternidad heterosexual unida a la biología y la genética (que articulaba un perfecto organigrama de las acciones de filiación), sin acometer una reforma seria y uniforme de todo el entramado, está siendo fuente de problemas y lo que es peor, de soluciones discriminatorias para resolver el caso concreto.

Tal y como se desprende del propio preámbulo de la LT, la idea inicial de las modificaciones introducidas en materia de filiación era, según parece, afrontar lo que la LTRHA no quiso o no pudo afrontar: la determinación de la doble maternidad derivada del uso de TRA entre mujeres no casadas¹¹⁵. No lo hizo en 2007 tampoco, cuando al introducir un artículo 7.3. en la LTRHA, se reguló la doble maternidad de las mujeres casada. Es en este momento, cuando ya el TS había venido reconociendo validez a supuestos de doble maternidad no matrimonial de la mano de la posesión de estado y de forma no exenta de polémica, cuando se introduce, creo que de forma inadecuada (en tanto no se modifica la LTRHA, sino solo el CC y la LRC).

El alcance y tipología de las modificaciones introducidas no es idéntico, según se apunta ya en el propio Preámbulo de la Ley.

Existen, por un lado, *un primer bloque de modificaciones «Terminológicas»*, destinadas inicialmente a introducir no sólo en la Ley 4/2023, sino en el resto del ordenamiento jurídico, un lenguaje inclusivo¹¹⁶. Sin embargo, el cambio terminológico va más allá de una mera modificación formal, porque va a implicar la introducción de alteraciones de carácter sustantivo¹¹⁷, que bien podrían haberse

¹¹⁵ En este sentido QUICIOS MOLINA, M.^a S. (2023). Las relaciones de filiación de personas LGTBI (Tribuna). *Cuadernos de Derecho Privado*, 5, pp. 2-7.

¹¹⁶ Vid. al respecto ÉSTEVE ALGUACIL, L., NONELL I RODRIGUEZ, A., «Análisis del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI». *InDret*. 3.2021, pp. 285-288.

¹¹⁷ Se establece expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley que: «La disposición final primera modifica el Código Civil, procediendo a la implementación del lenguaje inclusivo. 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 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 décimo tercera.» Señalando igualmente que «La disposición final duodécima modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro

producido de forma más coordinada y a través de una reforma más global¹¹⁸.

Dentro de este tipo de modificaciones se incluyen cambios en la denominación tradicionalmente utilizada: la palabra madre y padre son sustituidas, en los supuestos en lo que la biología acompaña (o no) a la paternidad, por progenitor gestante o no gestante, o por madre gestante y no gestante. Estos cambios, que, insisto, deberían en todo caso haberse producido de la mano de una reforma y estudio global en materia de filiación y acciones de filiación y que podían ser necesarios, no lo dudo, no tenían por qué venir de la mano de una ley como la que ahora analizamos. Estos cambios terminológicos, sin embargo, terminan afectando a la regulación de fondo y producen alteraciones aparentemente no previstas¹¹⁹.

Existen, por otro lado, *modificaciones de fondo* que se producen expresamente, a través de la reforma de determinados preceptos del CC (D. F. Primera LT) o de la LRC (D. F. Undécima LT) en relación con la determinación de la filiación por naturaleza e inscripción de esta y que parece que se producen para adaptar la legis-

Civil. En coherencia con los cambios operados por la disposición final primera, las principales novedades se introducen sobre el artículo 44, con el fin de permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial».

¹¹⁸ Sobre tales cambios y apenas recién publicada la Ley 4/2023, Barber Cárcamo realizó una valoración global y muy crítica de los cambios que en materia de filiación había producido la citada reforma, considerando que revelaban la indefinición e indecisión del legislador, introduciendo una falta de claridad contraria a la seguridad jurídica. Además, y creo que más relevante, coincide en que el cambio terminológico afecta a la concepción de la paternidad y maternidad vinculada al sexo biológico representando una quiebra en el sistema y su comprensión y aplicación. Suponen, además, para la autora una forma de dinamitar la regulación de la filiación que precisan referentes anclados en la realidad y la habitualidad. Insiste Barber, como lo hemos venido haciendo desde la academia y últimamente desde el propio TS, en la necesidad de regular de forma más completa la filiación derivada del uso de TRA separada de la filiación por naturaleza porque responden a supuestos radicalmente opuestos (BARBER CÁRCAMO, R., *De la doble filiación materna y la filiación sin madre: los progenitores en la Ley Trans (29 de marzo de 2023)*, Publicaciones Jurídicas. Centro de Estudios de Consumo (<http://centrodeestudiosdeconsumo.com>)).

¹¹⁹ En este sentido BARBER CÁRCAMO, *De la doble filiación materna y la filiación sin madre: los progenitores...*, ob. cit., p. 3. La autora considera que los cambios denominados terminológicos son también sustantivos porque afectan también a las categorías habituales y comúnmente afectadas de padre y madre. Se afirma que los conceptos de padre y madre dejan de estar ligados al sexo para pasar a depender de la función gestante o no desempeñada en la reproducción. Ciertamente, como se ha señalado, las modificaciones terminológicas no responden a la más adecuada técnica legislativa y quizás fruto de un no muy profundo conocimiento del sistema de determinación de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico, así como de los grandes problemas que se han suscitado en las últimas décadas en la aplicación de sus normas, se llega, más que al problemático y emblemático desdibujamiento de las categorías de padre y madre, a una auténtica modificación sustantiva que basada en la condición de gestante o no gestante, deja de lado la condición de progenitor volitivo o biológico. Y esto, para mí es la clave del gran problema que crea la reforma: de nuevo, aplicar normas sobre, para y por la determinación de verdades biológicas (filiación por naturaleza) a supuestos que no lo son.

lación en materia de filiación a las modificaciones de la Ley Trans pero que van más allá de esta.

Igualmente, de fondo son las modificaciones introducidas en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción¹²⁰, que realmente lo son del Código civil y que de hecho ya se habían producido con las reformas operadas por la Ley 26/2015 sobre protección a la infancia y la adolescencia al permitir la adopción por parte de la pareja de hecho del mismo sexo del hijo del otro miembro de la pareja.

Por otro lado, se produce el reconocimiento de la doble maternidad en parejas de hecho de mujeres lesbianas que debería haber supuesto, creo, una modificación del artículo 7 LTRHA que exclusivamente alude en su apartado 3 a la determinación de la doble maternidad matrimonial. Sin embargo, el precepto no se modifica. La modificación se produce al alterar, por un lado, el contenido del artículo 120 CC y por otro, de forma más evidente, a través de la reforma del artículo 44 LRC al prever de una forma bastante inconexa y poco clara el sistema de inscripción en el Registro de esta doble maternidad no matrimonial.

1. MODIFICACIONES EN EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE FILIACIÓN (DF 1.ª LT)

El cambio en la terminología utilizado por la Ley trans, a la que acabo de referirme, al margen de los problemas de fondo que plantea, como vamos a ver, en la regulación actual de la filiación, podría estar dando sin embargo, una solución a los problemas ya planteados ante el TEDH sobre la determinación de la filiación de los nacidos de personas, biológicamente nacidas con un sexo pero legalmente consideradas del sexo contrario cuando, habiendo aportado su material genético –su esperma– una vez producido el cambio de sexo, demandan inscribir la filiación de su hijo como materna pese a ser biológicamente padres¹²¹. En estos casos, quizás, lo

¹²⁰ BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987, pp. 34158 a 34162.

¹²¹ No estoy refiriéndome en este caso a las mujeres u hombres trans que tras un proceso de fecundación heteróloga de su cónyuge o pareja son considerados por voluntad procreacional como padres o madres atendiendo a su condición de mujer u hombre cuya paternidad o segunda maternidad viene determinada por la voluntad y no por la biología. En tales casos ningún problema se ha planteado para admitir la determinación de la filiación paterna o materna en su condición de hombre o mujer si el nacimiento se produce una vez que se ha producido la rectificación registral del sexo del progenitor. El problema, como se ha planteado ante el TEDH se produce cuando en la misma persona concurren la condición de padre biológico y de madre volitiva. El TEDH hace prevalecer en este punto, atendiendo a la valoración del interés superior del menor, la biología sobre la voluntad.

que realmente afronta el legislador no es romper con el concepto de «padre» o «madre», sino tratar de compaginar lo que tradicionalmente han significado tales conceptos con la admisión como fuente de paternidad de la voluntad procreacional y tratar de compaginar el reconocimiento pleno de efectos al cambio de sexo y al mismo tiempo mantener los criterios biologicistas en la determinación de la filiación.

La cuestión, como ya se había venido apuntando por algunos autores a la luz del estudio del Proyecto de Ley, es si podemos hablar de la creación de nuevas categorías para definir la paternidad, vinculadas con la identidad personal y no tanto con el hecho de la generación y o procreación, diferentes a la de «padre» y «madre»¹²².

Esta cuestión se plantea expresamente ante el TEDH en dos ocasiones que se conozcan, hasta el momento de redactar estas líneas. La primera es la *Décision THDH de 30 de junio de 2022 (5.ª SCC) (Requêtes n.º 13948/21 et 14333/21 C. V. contre France et M. E. D. contre France)* en la que se plantea por primera vez la colisión entre la biología y la voluntad en la determinación de la vinculación filiatoria de un hijo gestado y nacido después del cambio de sexo.

En este supuesto, CV, nacido como varón y casado con ND en 1999, rectifica su sexo registral en 2011 convirtiéndose a todos los efectos en mujer. En 2014, ambos tienen un hijo, del que era progenitor biológico CV, que insta la inscripción en el registro del nacido como filiación materna al constar a todos los efectos como mujer, bajo la pretensión de hacer prevalecer el elemento volitivo e intencional de su condición frente al biológico que le atribuiría la paternidad. Aunque el asunto llega al Tribunal, en esta ocasión el TEDH no llega a pronunciarse sobre el fondo del asunto considerando que no procede seguir adelante con la demanda porque el tema finalmente había quedado resuelto ante el Tribunal de Apelación de Toulouse que estimó que ante la ausencia de respuesta en la legislación francesa de 2016 sobre los efectos posteriores a la rectificación registral del sexo y ante la ausencia de respuesta en la ley de bioética de 2021, no existía argumento para hacer prevalecer la verdad biológica sobre la voluntad procreacional de ser madre y no padre. El TEDH desestima la solicitud al

¹²² Resulta muy interesante el análisis que sobre el particular realiza FARNÓS AMORÓS, E., *El dret de filiació avui. Una reflexió sobre el paper de la biologia, la voluntat i els conceptes «pare i mare»*, Ateliers, 2023, pp. 96 a 115. La autora afronta en las últimas páginas de su magnífico trabajo, y en puerta a la aprobación que aun no se había producido, de la Ley Trans, el debate sobre la subsistencia de los conceptos de «padre» o «madre» como consecuencia de la bipolaridad sufrida al albur de la posibilidad de ser legalmente hombre, pero conservar la capacidad reproductiva como mujer o al revés, ser legalmente mujer conservando la capacidad de fecundar a una mujer como hombre biológico. La autora aprovecha, al hilo del estudio de sendos supuestos, resueltos por los tribunales, en los que el hombre es el que da a luz o la mujer es la que, como biológicamente hombre, aporta su espermatozoides a la reproducción. Supuestos sobre los que, como hemos visto se ha pronunciado el THDH.

considerar que se cumplen las condiciones del artículo 37.1 del Convenio para hacerlo. No se entra por tanto en el fondo del asunto.

La STEDH de 4 de abril de 2023 (4.^a SCC) (*Affaire A. H. et autres c. Allemagne*) (*Requête no 7246/20*) sí resuelve, sin embargo, sobre el fondo del asunto en esta ocasión, en un supuesto exactamente igual que el anterior, en el que instándose la inscripción de la filiación materna a favor del que siendo padre biológico había rectificado su sexo registralmente, convirtiéndose en mujer antes de la gestación e instaba, con consentimiento de su cónyuge, la mujer gestante y madre biológica, la determinación de la 2.^a filiación materna a su favor respecto del nacido. El Tribunal considera que, de acuerdo con la intención del legislador alemán, aunque el niño había sido concebido y nacido después de la reclasificación de género del solicitante, este era el padre biológico del nacido y debería constar en este caso la filiación conforme a la realidad biológica, tomando en cuenta en este caso el criterio de discrecionalidad («margen de apreciación de los estados») así como al hecho de que los tribunales alemanes habían alcanzado un justo equilibrio entre los derechos del solicitante y los intereses y bienestar del niño y los intereses públicos en juego.

Ciertamente dentro del margen en el que se mueve el TEDH en relación con la determinación de la maternidad/paternidad en los casos en los que el sexo biológico no coincide con el género autopercibido y legalmente reconocido en la inscripción del Registro, se plantea un problema en la determinación de las filiaciones con los hijos concebidos y nacidos con posterioridad a la rectificación registral del sexo. Queda claro y así ocurre, como ya hemos tenido ocasión de señalar respecto de nuestra legislación (*ex art. 46 Ley 4/2023*) que las obligaciones y relaciones nacidas con anterioridad a la rectificación registral no se verán afectadas por esta. Nada se establece, porque parece no ser necesario que se haga, respecto de las relaciones nacidas con posterioridad que de lógica se deberán someter a la nueva identidad de la persona. Es otro el criterio que en este punto sigue el TEDH, en aras a la protección del interés superior del menor.

Volviendo a la regulación prevista en nuestra LT, donde a los efectos indicados por el TEDH el legislador español opta por una nueva terminología, derivada de la condición de gestante o no gestante del nacido, nos encontramos con la realidad de que los cambios terminológicos producidos tienen, en la mayoría de los supuestos un alcance sustantivo como ya señalé anteriormente. A ello me refiero a continuación:

a) En los artículos 108, 109 y 110 CC (fuentes de determinación de la filiación, determinación y orden de los apellidos y obligación de

velar por los hijos) el cambio es meramente terminológico en cuanto se sustituye la referencia al padre y la madre por «los progenitores»¹²³.

b) En relación con la *determinación de la filiación no matrimonial*, son los artículos 120 y 124 los afectados. Debemos insistir en el hecho de que tales normas regulan específicamente procedimientos de determinación de la filiación «por naturaleza» donde la clave de la determinación, reclamación o impugnación gira sobre «verdades biológicas», por más que, respecto a la filiación derivada del uso de TRA, se produzca una remisión supletoria desde el artículo 7 de la LTRHA a dichas normas.

El nuevo artículo 120, regulador «genérico» de las formas de determinación de la filiación extramatrimonial, sustituye en su numeral 1.º, la declaración conforme realizada en el momento del nacimiento por el «padre» por la referencia al «padre o progenitor no gestante». Igualmente, en su apartado 5.º se refiere a la «madre o progenitor gestante» para referirse a la filiación de quien gesta y da a luz al hijo. En este último caso la madre biológica, sea legalmente hombre o mujer¹²⁴.

El cambio que se produce en el precepto no es meramente terminológico, como por otro lado ya señala el propio preámbulo de la Ley. En todo caso va más allá de lo que tenía previsto el legislador para permitir la determinación de la filiación no matrimonial más allá de la paterna del padre biológico, a favor de la mujer pareja de otra mujer, o mujer trans (progenitores no gestantes), sino en tanto en cuanto altera el sentido tradicional de la norma prevista en el artículo 120 al oficiali-

¹²³ El artículo 108 queda redactado en los siguientes términos: «La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando los progenitores están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.»

El artículo 109 queda redactado en los siguientes términos: «La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos.» Cuatro.

El artículo 110 queda redactado en los siguientes términos. «Aunque no ostenten la patria potestad, ambos progenitores están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.»

¹²⁴ Parece darse respuesta con ello a la posición mantenida por el TEDH en las sentencias comentadas en tanto en cuanto se separa a efectos de la determinación de la relación filiatoria, la condición de hombre o mujer derivada de la rectificación registral del sexo de la persona, del hecho físico de gestar y parir a un hijo. La diferencia entre lo dispuesto en la decisión del tribunal y la legislación española es que el primero mantiene la terminología tradicional: madre y padre vinculado con la biología y la legislación española habla de progenitores gestante y no gestantes como se pone de manifiesto en los preceptos reformados, al margen del rol de padre o madre.

zar, entiendo, el reconocimiento de complacencia o volitivo¹²⁵, como vía de determinación filial.

Además, la alteración del artículo 120 CC sin modificar la LTRHA constituye una omisión que provoca una clara colisión normativa y que al quedar regulada dentro del CC y al margen de la LTRHA permite incluir en ella, de manera definitiva, la determinación de la filiación cuando la fecundación no se ha producido recurriendo necesariamente al uso de las técnicas previstas en la LTRHA¹²⁶.

Entiendo igualmente que al referirse no solo al padre (el biológico aportante del esperma) sino también «al progenitor no gestante», se aplicaría tanto a la mujer trans que aportó su esperma al no haber completado cirugía de reasignación, como también el varón trans o la mujer pareja de otra mujer que no hayan aportado su material genético, pero consiente a través de su voluntad procreacional o reconocimiento, la relación filiatoria del niño nacido, a su favor. Ello supone, claramente, dar carta de naturaleza al reconocimiento de complacencia.

Por otro lado, creo que, al quedar tal posibilidad ubicada en el CC (insisto, dentro de las normas que regulan la filiación por naturaleza) y en la LRC, pero al margen de la TRHA, cabrá la impugnación por las mismas vías que hasta ahora se permitían en relación con la impugnación de los reconocimientos de complacencia y no estarán sometidos a las reglas de la LTRHA que limitan las acciones y las reglas de dicha

¹²⁵ Así, apunta QUIJOS MOLINA, que se han introducido cambios relevantes que afectan, tanto a la determinación de la filiación por el hecho del parto como a la determinación de la filiación por reconocimiento voluntario, entendido, según la propia autora, en un sentido muy amplio como sinónimo de asunción voluntaria de la paternidad o la maternidad (ob. cit., p. 2).

¹²⁶ Señala expresamente el Preámbulo de la Ley 4/2023: «La disposición final primera modifica el Código Civil, procediendo a la implementación del lenguaje inclusivo. 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 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» (EM Ley 4/2023, BOE de 1 de marzo de 2023, p. 30458). Por su parte, la propia EM de la Ley, al referirse a la reforma señalada, de la LRC indica: «La disposición final undécima modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. En coherencia con los cambios operados por la disposición final primera, las principales novedades se introducen sobre el artículo 44, con el fin de permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial [...]». (EM Ley 4/2023, BOE de 1 de marzo de 2023, p. 30459).

Coincide igualmente BARBER CÁRCAMO en el hecho de que los cambios introducidos en los artículos 120 1 y 2 CC, al incluir en la declaración de paternidad al progenitor no biológico ubicando en tal condición a la pareja de la madre, aplica el régimen del reconocimiento y sus límites de eficacia a la determinación de la segunda maternidad no matrimonial, lo cual es una novedad. Ello también tiene su reflejo en la nueva regulación del artículo 44.4.III de la LRC, con cuya regulación la autora es igualmente crítica en tanto en cuanto se produce una clara colisión entre las previsiones del texto modificado con el artículo 7.3. LTRHA que sin embargo no ha sido modificado (ob. cit., pp. 5 y 6).

normativa a la inimpugnabilidad de las filiaciones determinadas por voluntad procreacional. Ha de añadirse que esta regulación posibilita la entrada de la voluntad procreacional, consentimiento o reconocimiento sin necesidad de quedar vinculada la actuación a la existencia de un procedimiento de reproducción asistida.

Por lo que se refiere a *la determinación de la filiación de los menores de edad a través del reconocimiento*, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 120, en *el artículo 124 CC*, se sustituye la referencia a la inscripción de «la paternidad del reconecedor» (padre biológico y genético según la lógica de las reglas sobre filiación por naturaleza) por «*la inscripción de la filiación del padre o progenitor no gestante*» que podrá suspenderse a simple petición de «*la madre o progenitor gestante*» durante el año siguiente al nacimiento. Si «*el padre o progenitor no gestante*» solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.»

c) *En relación con las acciones de reclamación e impugnación de la filiación* se modifican los artículos 132, 137 y 139, relativos a la reclamación de la filiación matrimonial sin posesión de estado, a la impugnación de la filiación matrimonial por parte del hijo y a la impugnación de la maternidad. Estas modificaciones, a las que no se alude en el preámbulo de la Ley, deben analizarse en consonancia con lo señalado anteriormente y por tanto con el sentido que se desprende del alcance del artículo 120 CC.

Respecto a la *acción de reclamación de la filiación matrimonial sin posesión de estado*, prevista en el artículo 132 que es imprescriptible, corresponde «a cualquiera de los dos progenitores» o al hijo. Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos». La redacción anterior del citado precepto aludía a la acción por parte del padre o la madre.

Lo que pudiera ser en apariencia una reforma del texto para hacerlo «más inclusivo» va más allá de la mera terminología y la mera inclusión, sobre todo teniendo en cuenta el alcance que el Preámbulo de la Ley, al interpretar el actual artículo 120, confiere a la palabra «progenitor» dentro de la cual se incorpora al progenitor gestante y al no gestante y como ya se ha dicho antes, a la mujer trans, casada con mujer gestante u hombre trans gestante, que aportó su material genético (lo que no se extralimitaría de la formulación anterior del precepto en tanto en cuanto sigue tomando en consideración el hecho «biológico» de la fecundación con independencia de la identidad sexual del

progenitor que así reclama). Pero es que, además, por lo dicho hasta este momento, no podría excluir al «progenitor no gestante» mujer biológica casada con otra mujer (haya o no recurrido al uso de TRA) a la que, conforme interpreta el Preámbulo de la Ley, al referirse a la DF 1.^a de la Ley, debe considerarse incluida en consonancia con el artículo 44 LRC, precepto cuyo contenido, como mencionaré después, constituye un auténtico despropósito legislativo que requeriría, por respeto a la ya tan perjudicada LRC de 2011, fruto de sus múltiples reformas, una nueva visión legislativa.

En relación con la acción de impugnación de la filiación matrimonial paterna (regulada en los arts.136 y 137 CC) tan solo es objeto de alteración el artículo 137 CC que recoge la impugnación de la filiación matrimonial, con o sin posesión de estado, por parte del hijo. El único (pero significativo cambio) que en dicho precepto se produce es la incorporación, junto a la impugnación de la filiación del padre, la del «progenitor no gestante». El resto del precepto permanece invariable.

Hasta ahora y por razones de lógica jurídica (insistimos en el hecho de que nos encontramos en el ámbito de la filiación por naturaleza) hablar del padre era hablar del marido de la madre como aquella persona que aparecía como tal por ser o presumirse que era el progenitor biológico. La impugnación está prevista en dicho precepto para destruir tal realidad o presunción, demostrando la inexistencia de relación biológica del hijo con el padre. Se incluye sin embargo aquí junto con el padre, al progenitor no gestante. Como se ha dicho, se ha incluido tal denominación, la del progenitor no gestante para incluir las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar y de facto, para permitir la inclusión de parejas con mujeres trans que mantengan la capacidad reproductora aun siendo mujeres.

La modificación introducida por tanto en el precepto no es solo terminológica, sino que avanza en la idea discutida por la doctrina, en los supuestos de filiación derivada del uso de TRA de que los hijos sí podrían impugnar la filiación del padre o progenitor no gestante que lo sea por reconocimiento y sin aporte de material genético en el caso de mujer casada con otra mujer en tanto en cuanto se habla, en genérico, de progenitor no gestante, que lo es, tanto el hombre trans (biológicamente mujer), como la mujer trans (biológicamente hombre), como la mujer lesbiana cuando ninguno de ellos aporten el material genético y la paternidad derive del consentimiento al uso de la TRA. Y ello es así porque así lo ha entendido el propio legislador al interpretar la expresión «progenitor no gestante».

En este supuesto el legislador ha dado una vuelta de tuerca más sobre la maltratada normativa sobre filiación. Una cosa es aplicar supletoriamente la legislación del CC en materia de filiación por natu-

raleza para los supuestos en los que la LTRHA no regulase una cuestión concreta (*ex art. 7.1*) y otra, introducir dentro del texto de una norma destinada a las impugnaciones por falta de veracidad biológica, la impugnación contra el «progenitor no gestante» que en puridad solo podría referirse a la mujer trans casada, con capacidad reproductiva, pero la norma no permite aplicar la lógica extensiva a las parejas de mujeres puesto que el precepto tan solo se refiere a la impugnación de la filiación matrimonial.

Por lo que se refiere a *la impugnación de la maternidad biológica*, el artículo 139 incorpora, junto con la legitimación de la madre, la del progenitor que conste como gestante, justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo. En este caso la modificación si sería puramente terminológica, haciendo comprensiva la legitimación del hombre trans que, autodeterminado como tal, fuera biológicamente mujer manteniendo la capacidad como gestante. En este caso nuestra legislación le otorga la consideración de «progenitor gestante» respetando por lógica legislativa el reconocimiento legal por autoterminación como hombre pese a su condición biológica de mujer. Quizás la modificación pueda resultar redundante en tanto en cuanto nuestro ordenamiento sigue considerando (*ex art. 10 LTRHA* que no ha sido modificado) que la maternidad viene determinada por el parto y solo quien ha parido tiene la legitimación para impugnar esa maternidad, sea legalmente hombre o mujer¹²⁷.

2. MODIFICACIONES DE LA LEY DE REGISTRO CIVIL (DF 11.^a)¹²⁸

Dentro de las reformas que realiza la Ley 4/2023, la más llamativa y criticable afecta al artículo 44 de la LRC de 2011. Conforme se establece en el propio Preámbulo de la Ley la finalidad exclusiva

¹²⁷ Aquí adquiere relevancia la STEDH de 2023 a la que hicimos referencia inicialmente en este apartado, en la que el Tribunal, a los efectos de determinar la paternidad o la maternidad considera debe atenderse al dato biológico de haber gestado o haber aportado el espermatozoides, por mucho que legalmente se tenga la condición de hombre o mujer. El legislador español lo solventa con la denominación progenitor gestante o no gestante alejado de la condición de madre/padre.

¹²⁸ Conforme establece el preámbulo de la Ley 4/2023, «La disposición final undécima modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. En coherencia con los cambios operados por la disposición final primera, las principales novedades se introducen sobre el artículo 44, con el fin de permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial. Asimismo, se modifica el artículo 49 para prever que, en el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual de la persona nacida, los progenitores, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año».

del cambio obedece a la necesidad de incluir la segunda filiación materna tanto matrimonial como no matrimonial que el artículo 7 LTRHA no incluyó después de sus diversas reformas, sustituyendo el párrafo 5 de la redacción del artículo 44 anterior que con mejor técnica legislativa preveía la inscripción de la doble maternidad matrimonial.

Conviene que tengamos presente el contenido anterior del artículo 44¹²⁹, junto con el texto modificado para analizar el alcance de lo que se pretendió con su reforma y el resultado práctico conseguido con la misma. Resaltaré expresamente los aspectos que se alteran dentro del precepto, en los apartados 4 a 7 que en esencia venían recogiendo tras sus múltiples y sucesivas modificaciones y en consonancia con las leyes civiles y la LTRHA de 2006:

- a) La inscripción de la filiación paterna matrimonial [art. 44.4 a)];
- b) La inscripción de la filiación paterna no matrimonial [(art. 44.4 b)];
- c) La inscripción de la doble filiación materna matrimonial (en supuesta consonancia con lo dispuesto en el artículo 7.3. LTRHA, pero sin hacer expresa mención al origen específico de la filiación vinculada con el uso de TRA (art. 44.5)¹³⁰;
- d) La inscripción de la filiación adoptiva a través de la inscripción de la resolución judicial o administrativa que la constituya [(art. 44.6)], y
- e) La inscripción del reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo (art. 44.7).

¹²⁹ De la evolución del sistema de inscripción en el Registro civil, dentro del combinado “filiación por naturaleza y filiación derivada del uso de TRHA” a la que nos ha sometido el legislador desde la primera LTRA DE 1988, pasando por la tortuosa evolución reguladora de la LRC desde su primera redacción en 2011 hasta la regulación actual le hemos dedicado varias publicaciones a las que me remito: BENAVENTE MOREDA, P., (2011) «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”. *ADC*, tomo LXIV, fasc. 1, pp. 75 a 124. Id (2017) “Los Errores de Legislar en Paralelo: La Problemática Aplicación de las Reglas sobre Filiación (Determinación, Acciones de Reclamación e Impugnación)” en la Filiación Derivada del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. *Oñati Socio-Legal Series*, 2017, Vol. 7, No 1: Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida. Género, Diversidad Sexual y Familias en Plural (Marisa Herrera, Natalia de la Torre y Agustina Pérez (Universidad de Buenos Aires- edit.-). (Posted: 25 Apr 2016 Last revised: 1 Mar 2017) *Oñati Socio-legal Series*, forthcoming DRAFT ISSN: 2079-5971. Abril, 21 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2768263; ID, (2019) “Registro y filiación en parejas LGTBI” en *La Protección de los Derechos Fundamentales de las personas LGTBI* (Francisco Javier Matía Portilla, Ascensión Elvira Perales y Antonio Arroyo Gil. Dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, noviembre 2019, ISBN:978-84-1313-909-8 p. 319 a 326 y específicamente pp. 328 a 334 donde se analiza con detenimiento la atropellada evolución legislativa y jurisprudencial relativa a la regulación sustantiva y normativa registral de las inscripciones de las “dobles maternidades.

Parece evidente que el legislador no acaba de dar con la tecla adecuada que permita de una vez por todas establecer una normativa coherente y no contradictoria. Es evidente que en este caso la Ley 4/2023 tampoco lo ha hecho.

¹³⁰ Introducido por el artículo 2.1 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas administrativas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (*BOE-A-2015-7851*).

A salvo de la previsión sobre la inscripción de la adopción y la relativa a la inscripción de la doble maternidad matrimonial, el artículo 44 en esencia recogía, por tanto, el sistema de acceso al registro civil de las filiaciones por naturaleza.

Reflejo a continuación, en paralelo, el contenido del precepto antes y tras (apartados 4 a 7) la reforma operada por la Ley 4/2023 subrayando los cambios producidos:

Artículo 44. *Inscripción de nacimiento y filiación* (texto anterior a la reforma).

[...]

4. La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.

La filiación paterna en el momento de la inscripción del hijo se hará constar:

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

b) Cuando el padre manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.

Artículo 44. *Inscripción de nacimiento y filiación* (texto reformado).

[...]

4. La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.

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.

b) Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.

En los supuestos en los que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código civil se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata sólo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna.

5. También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer y esta última manifestará que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

6. En los casos de filiación adoptiva se hará constar, conforme a la legislación aplicable, la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley.

7. El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable. Si se realizare mediante declaración del padre ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor. Si se tratare de personas con discapacidad respecto de las cuales se hubiesen establecido medidas de apoyo, se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido o del documento notarial en el que se hayan previsto o acordado. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil.

En los supuestos en los que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código Civil se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata sólo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna.

5. En los casos de filiación adoptiva se hará constar, conforme a la legislación aplicable, la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente ley.

6. El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable. Si se realizare mediante declaración del padre o madre no gestante [1] ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor. Si se tratare de personas con discapacidad respecto de las cuales se hubiesen establecido medidas de apoyo, se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido o del documento notarial en el que se hayan previsto o acordado. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil.

¹³² Nuevamente, la modificación en este punto no es terminológica. Hablar de la madre no gestante es, al margen de la LTRHA, admitir la determinación de la segunda maternidad no matrimonial por reconocimiento de complacencia, aunque realmente lo sea por voluntad procreacional, pero incluida en el ámbito del reconocimiento. No me parece mal, pero seguimos legislando en paralelo.

Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

2.^a Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

3.^a Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

8. En los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine, para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal.

9. Una vez practicada la inscripción, el Encargado expedirá certificación literal electrónica de la inscripción de nacimiento y la pondrá a disposición del declarante o declarantes.

Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

2.^a Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

3.^a Respecto de la madre o persona trans gestante, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7. En los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine, para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal.

8. Una vez practicada la inscripción, el Encargado expedirá certificación literal electrónica de la inscripción de nacimiento y la pondrá a disposición del declarante o declarantes.»¹³³.

¹³³ Las modificaciones realizadas sobre el artículo 44 LRC estaban previstas, conforme al Preámbulo de la Ley, para incluir la segunda filiación materna tanto matrimonial como no matrimonial, sustituyendo el párrafo 5 de la redacción del 44 anterior que con mejor técnica legislativa preveía la inscripción de la doble maternidad matrimonial.

La incorporación de una nueva redacción del apartado 4, haciendo desaparecer el antiguo apartado 5 y unificando la inscripción de la filiación materna matrimonial es deficiente y contradice lo dispuesto en el 7.3 LTRHA que sin embargo no se modifica. Este requiere para la inscripción como matrimonial que no exista separación legal o, de hecho, mientras que el artículo 44 actual permite tal inscripción, aunque exista tal separación de hecho.

Es obvio que el legislador ha realizado un corta y pega introduciendo el pfo. 5 en el mismo apartado donde iba el apartado a) anterior que permite inscribir la filiación como matrimonial aun existiendo separación legal o de hecho y al mezclar todo permite una aberración como inscribir la doble maternidad como matrimonial cuando con el Código civil en la mano no lo sería por no existir matrimonio.

Como ya se ha indicado, la reforma operada en el artículo 44 LRC, tenía, al menos atendiendo al Preámbulo de la Ley, una finalidad clara, en consonancia con la de la reforma del artículo 120 CC: posibilitar la inscripción registral de las dobles maternidades, tanto matrimoniales como extramatrimoniales que la LTRHA no había reconocido más que para la doble maternidad matrimonial y además, ajustar la terminología (innecesariamente, creo en materia de determinación de la filiación) desgajándola de la biología, base de las normas del CC en que se sustenta la filiación por naturaleza.

Como hemos visto, de la mano de la modificación introducida en la LTRHA, en la que se introdujo el artículo 7.3 que permitía la determinación legal de la maternidad de la mujer casada con otra mujer, se reformó igualmente el artículo 44 de la LRC para permitir la inscripción de dicha maternidad, introduciendo un apartado 5 al citado precepto que sin embargo dejaba abierta la posible inscripción de la segunda maternidad sin vincularla a un proceso de fecundación sometido a las técnicas de reproducción asistida.

El precepto prescinde, para empezar, de la terminología utilizada en el resto de las normas modificadas del CC, donde, como hemos visto, se habla de «padre o progenitor no gestante», «progenitores» y «madre o progenitor gestante». En el Proyecto de Ley de septiembre de 2022, se añadía al texto, una DA 10.^a que, bajo la denominación, «terminología», señalaba que «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.» Esta disposición desaparece del texto definitivo. Y vemos además que el artículo 44 LRC, al tratar de restringir el supuesto de inscripción a lo que el Preámbulo orientaba (doble maternidad matrimonial e inclusión de la no matrimonial) incorpora una nueva alternativa al hablar del «padre o madre no gestante» y «madre o persona trans gestante» haciendo una mezcla de supuestos en los que se trata, entiendo, de dar entrada a situaciones ya existentes, todo sea dicho de paso, desde la Ley 3/2007 en que se reguló la posibilidad de rectificar registralmente el sexo de una persona sin necesidad de completar la cirugía de reasignación.

Se trata de reconocer la inscripción de filiaciones tratando de conjugar varias situaciones admitidas legalmente en nuestro ordenamiento (el reconocimiento del matrimonio igualitario, la posible determinación de la filiación derivada del uso de TRA a través del reconocimiento de la «voluntad procreacional» y al margen de la vinculación biológica o genética y el reconocimiento del

derecho al cambio de sexo conforme al género autopercibido al margen de su tratamiento como patología y por tanto sin necesidad de culminar cirugías de reasignación) Todo ello, de la mano, de modificaciones parciales del CC y de la LRC en preceptos en los que tradicionalmente se ha regulado de forma exclusiva la determinación, reclamación e impugnación de filiaciones biológicas.

La cuestión gira, por un lado, sobre la forma de dar cobertura a la filiación de los nacidos, teniendo en cuenta todas las posibles situaciones que se mencionan y además sobre si se debe seguir manteniendo la categoría de «padre» o «madre» vinculada con la condición biológica de tales y al margen de que la persona que lo sea, sea legalmente del sexo masculino o femenino o, como hace la legislación española, para permitir el lenguaje inclusivo poniendo el eje, no el dato de la biología sino de la identidad sexual del progenitor, de forma que sin llegar a prescindir de las categorías biológicas se incorpora (siempre dentro de la filiación por naturaleza puesto que es el eje que marca el concepto) la categoría de «*progenitor gestante*» (mujer biológica, hombre trans con capacidad de gestar) para la persona que mantiene la capacidad reproductora; la categoría de «*progenitor no gestante*» (que aporta esperma sin ser padre, «la mujer trans con capacidad reproductora» pero también la mujer cis que no siendo gestante consiente en la determinación de la filiación a su favor del nacido, aunque no aporte su material genético) y la categoría de «*madre no gestante*» y «*persona trans gestante*» (art. 44 LRC) (que técnicamente tendrían que coincidir, respectivamente, con «progenitor no gestante» y «progenitor gestante» pero que con tal denominación parece referirse exclusivamente a la mujer lesbiana que no es la que gesta aun teniendo capacidad de hacerlo y el hombre trans que conserva su capacidad de gestar.

No podría ser más confuso e incoherente el legislador de lo que lo ha sido, rematando de forma fulminante la ya maltratada LRC de 2011 desde sus orígenes. La confusión terminológica, unida a la deficiente técnica legislativa en la redacción del precepto, junto con la omisión imperdonable de reformar la LTRH para incorporar de forma adecuada la posible determinación de la maternidad por consentimiento o voluntad procreacional, por parte de la mujer que comparte la vida con la madre gestante, sin existir matrimonio entre ellas, crea una regulación que a la postre dará lugar a los mismo problemas que se han venido produciendo de la mano de la posición divergente de los tribunales y del propio TS.

La incorporación de una nueva redacción del apartado 4, haciendo desaparecer el antiguo apartado 5 y unificando la inscripción de la filiación materna matrimonial es deficiente y contradice lo dis-

puesto en el 7.3 LTRHA que sin embargo no se modifica. Este requiere para la inscripción como matrimonial que no exista separación legal o, de hecho, mientras que el artículo 44.4 actual permite tal inscripción, aunque exista tal separación legal o, de hecho.

Es obvio que el legislador ha realizado un corta y pega introduciendo el contenido del antiguo artículo 44.5 en el mismo apartado donde iba el apartado a) anterior que permite inscribir la filiación como matrimonial aun existiendo separación legal o de hecho y al mezclar todo permite una aberración como inscribir la doble maternidad como matrimonial cuando con el CC en la mano no lo sería por no existir matrimonio.

3. LA FILIACIÓN DERIVADA DEL USO DE TRHA. AUSENCIA DE MODIFICACIÓN DE LA LTRHA

Como ya he tenido ocasión de señalar, la ausencia de referencia o modificación de la LTRHA de 2006, en consonancia con las modificaciones realizadas en el CC y en la LRC para adaptarlos no solo al lenguaje inclusivo sino también para permitir la inscripción de la doble maternidad no matrimonial, reconocida en el artículo 7.3 LTRHA exclusivamente a las mujeres casadas, plantea problemas serios de coordinación, como ya se ha mencionado, que atendiendo al Preámbulo de la Ley 4/2023, ponen de manifiesto de nuevo que legislar en paralelo crea problemas al no tener presente el efecto dominó de una reforma. Entre ellos se ha planteado qué efectos tiene la ausencia de modificaciones en la LTRHA en relación con el artículo 10 LTRHA que declara nulo el contrato de Gestación subrogada, respecto de lo cual algunos autores han planteado si influye el cambio de terminología del legislador para legalizar de facto la gestación subrogada.

VI. REFLEXIONES FINALES

1. Este trabajo analiza los aspectos más relevantes introducidos por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Tras la aprobación de la nueva legislación España se ha convertido en el cuarto país europeo en el reconocimiento y protección de los derechos de las personas LGTBI, según el informe anual (2023) (Rainbow Europe) presentado por Ilga Europa (<https://rainbow-europe.org/#8661/0/0>).

2. La LT trata de ser una «Ley Integral» que va más allá de la regulación parcial que supuso la Ley 3/2007, de rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que regulaba exclusivamente los requisitos necesarios para cambiar de sexo en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se correspondía con su verdadera identidad de género. La nueva legislación recoge, a través de sus cuatro títulos, toda una serie de normas comprensivas de lo que podemos denominar «*colateralidad esencial*» del reconocimiento del derecho a esa igualdad efectiva de las personas trans y garantía de los derechos de las personas LGTBI: los criterios de actuación de los poderes públicos; los criterios y reglas fijados para proceder a la rectificación registral de la mención del sexo de las personas y adecuación documental; el sistema de políticas públicas a seguir para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans; así como el sistema de protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIfobia y el régimen de Infracciones y sanciones. Sin embargo, parte de este contenido «extenso y colateral de protección» es acreedor de un desarrollo reglamentario y presupuestario que podría convertir la norma en una mera declaración de intenciones programáticas.

3. Constituyen sus señas de identidad la despatologización de la transexualidad, el reconocimiento del derecho a la autodeterminación del género y la extensión de tales derechos a las personas menores de edad. Constituye también una novedad legislativa *la posible rectificación posterior de la inscripción registral del sexo, ampliándose ahora ya este derecho a los menores de edad a partir de los doce años*. Significativa es igualmente *la regulación expresa de la prohibición de las terapias de conversión y el reconocimiento y protección de los derechos de las personas intersexuales*.

En el ámbito de determinadas CCAA ya se había venido implantando la posibilidad de que los transexuales, mayores o menores de edad, pudieran identificarse, en el ámbito de las competencias de las propias CCAA conforme al género sentido creando la posibilidad de expedir documentación administrativa propia y al margen de su identificación registral. Ello no dejaba de producir una situación incongruente que podía provocar una discordancia de identidades (administrativa y registral) respecto de una misma persona y dependiendo de la CCAA a la que se perteneciera.

4. Por lo indicado anteriormente, el mayor contenido del trabajo se destina a analizar específicamente estos aspectos y sus consecuencias. Se analiza *el alcance y contenido del reconocimiento del derecho a la autodeterminación del género* que implica la posi-

bilidad de cambiar de sexo en el registro civil posibilitándose igualmente rectificaciones posteriores, pero siempre dentro del «binarismo» sexual (masculino/femenino).

De forma detallada se aborda *el ejercicio de tal derecho de auto-determinación por parte de las personas menores de edad*, cuya legitimación ya había sido reconocida en la STC 99/2019, de 18 de julio por la que se declara la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 3/2007 dando paso en tal momento a la legitimación de los menores de edad con «madurez suficiente» que acreditasen una situación estable de transexualidad.

Queda sin resolver de manera clara el tema del consentimiento que habrán de prestar los menores de edad en aquellos casos en los que el cambio de sexo lleve aparejado una modificación física de la persona para adecuar su sexo al género sentido. El legislador se remite a la Ley de Autonomía del Paciente en este punto, donde podría existir una cierta contradicción entre los límites del consentimiento que ha de prestarse al mero cambio de sexo registral frente al correspondiente a los tratamientos médicos y/o quirúrgicos correspondientes (*ex art. 9 LAP*).

5. Se completa el análisis de este bloque con el *estudio del procedimiento que debe seguirse para rectificar registralmente el sexo de las personas*, tanto si se requiere la intervención judicial como en los supuestos en los que el trámite le corresponde al Registro Civil. Se hace necesario hablar de ello para completar el panorama de manera completa, si bien, tal y como se me indicó acertadamente por los evaluadores del trabajo tras su primera redacción, debía hacerse como continuación del tratamiento de la transexualidad o dentro de ella.

6. Igualmente merece una especial mención el hecho de que por primera vez (en el ámbito legislativo nacional) *se incorporan normas de protección de las personas intersexuales*.

No solo se define y sitúa la intersexualidad dentro del ámbito de protección de las personas LGTBI sino que se recoge expresamente lo que venía siendo una reivindicación histórica: la prohibición de las intervenciones tempranas en las personas nacidas intersexuales y la existencia de normas específicas dentro de las políticas públicas y sanitarias relativas a la intersexualidad, así como las relativas al sistema de inscripción registral de las mismas, aparte de las generales vinculadas expresamente en la Ley con las personas LGTBI.

La LT trata de dar respuesta, parcialmente y sin dar una solución desde mi punto de vista convincente, a dos cuestiones relevantes: *Primero*, si debía replantearse el mantenimiento de la dualidad/binomio

sexual (hombre/ mujer), tal y como hasta ahora se mantiene, descartando el planteamiento médico tradicional de definir desde el momento mismo del nacimiento el sexo (masculino o femenino) de las personas; *segundo*, la LT trata de dar respuesta de alguna manera, también al «*Cuándo y Quién*» deberían decidir, en su caso, sobre una hipotética definición del sexo, sobre la identidad sexual de la persona intersexual.

Merecen destacarse por tanto en la vigente regulación sobre la intersexualidad, dos aspectos esenciales:

1.º) Reconocimiento del derecho a una atención integral de las personas intersexuales y prohibición de las prácticas de modificación genital en personas menores de 12 años (arts. 19 y 74 LT); 2.º) La indeterminación registral temporal del sexo, en el momento del nacimiento (art. 74.2 LT y 49 LRC y Directriz 7.^a IDGSJFP de 26 de mayo de 2023) durante el plazo de un año transcurrido el cual deberá procederse a la inscripción del sexo, masculino o femenino del recién nacido.

Lo que establece el legislador en esta disposición no implica el reconocimiento del «no binarismo», si bien creo que puede abrir las puertas directamente a su implementación práctica por la vía de hecho. Supone la admisión de una situación de indeterminación temporal del sexo, durante un periodo de un año, que no ofrece, desde mi punto de vista, una respuesta efectiva más que ante la posible indecisión de los progenitores a la hora de inscribir el sexo del recién nacido.

7. En conexión directa con todo lo anterior y fruto también de una reivindicación histórica, se establece, no sin polémica, sin embargo, *la prohibición de las terapias de conversión*, dentro de la regulación de las políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI y específicamente como medida en el ámbito de la salud: «*Se prohíbe la práctica de métodos, programas y terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento, en cualquier forma, destinados a modificar la orientación o identidad sexual o la expresión de género de las personas, incluso si cuentan con el consentimiento de la persona interesada o de su representante legal*».

La práctica de tales terapias, destinadas a la manipulación física o psíquica de la persona para modificar la orientación sexual, la identidad sexual, o la expresión de género de las personas y adecuarla, en definitiva, con el sexo asignado con el nacimiento, supone una clara vulneración del derecho a la identidad de género como manifestación de la dignidad y libertad personal, objeto de protección dentro del artículo 8 del CEDH conforme igualmente se ha pronun-

ciado el TEDH y la CIDH, en este caso bajo la protección del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

8. Culmino este bloque del estudio, con una referencia a la *regulación del derecho a la identidad de género en otros ordenamientos jurídicos*. Esta mención, lejos de resultar estéril para el trabajo, es claramente ilustrativa y necesaria para tener en cuenta y valorar el desarrollo posterior de dichos textos legales, sus consecuencias, su aplicación e implicación tanto social como jurídica. Lo que nos permitirá analizar y reflexionar sobre las posibles bondades o errores y consecuencias de una ley (LT) ya vigente en España, tras analizar incluso aquellas decisiones que los tribunales hayan adoptado por mor de la aplicación de los textos legales.

9. La Ley 4/2023, *ha introducido relevantes modificaciones en materia de filiación*, afectando directamente al contenido de determinados preceptos del Código civil y de la Ley de Registro civil. Se reflejan por tanto en este trabajo, como complemento final del mismo y puesto que se trataba de señalar los aspectos más relevantes (las luces y las sombras) de la normativa, los cambios introducidos por esta nueva regulación. La LT utiliza para ello, desde mi punto de vista, una técnica legislativa deficiente, que no deja de ser heredera del histórico tratamiento que el legislador le ha dado en las últimas décadas al tema de la filiación.

Existe un primer bloque de «*modificaciones terminológicas*», destinadas inicialmente a introducir no solo en la Ley 4/2023, sino en el resto del ordenamiento jurídico, un lenguaje inclusivo. Sin embargo, el cambio terminológico va más allá de una mera modificación formal, porque va a implicar la introducción de alteraciones de carácter sustantivo, que bien podrían haberse producido de forma más coordinada y a través de una reforma más global (se sustituye en determinados preceptos la referencia al padre y/o madre, por la de «progenitor gestante» y «progenitor no gestante» cuyo sentido y alcance real se trata de valorar a lo largo del desarrollo del trabajo). Por otro lado, se producen *modificaciones de fondo* a través de la reforma de determinados preceptos del CC (D. F. Primera LT) o de la LRC (D. F. Undécima LT) en relación con la determinación de la filiación por naturaleza e inscripción de esta y que parece que se producen para adaptar la legislación en materia de filiación a las modificaciones de la Ley Trans pero que van más allá de esta.

10. Al margen de los problemas que a lo largo del trabajo se plantean, consecuencia de la técnica legislativa utilizada o de la incoherente regulación de determinadas cuestiones, se hace una

valoración positiva de la LT, si efectivamente llega a tener el desarrollo e implementación requerida.

Sin embargo, son muchas las críticas que se han vertido sobre la Ley, no solo en cuanto a su contenido y al alcance de su regulación sino también en cuanto a la forma y las imprecisiones atribuidas a la redacción y formulación técnica de la misma. Al debate se han incorporado argumentos críticos desde el feminismo (que respeto profundamente pero estimo infundados, aunque el tiempo podrá determinar su alcance y razón) por entender que con la autodeterminación del género la posibilidad del cambio de sexo por la mera declaración de voluntad, sin exigencia alguna de transformación física de las personas, se está propugnado «el borrado de las mujeres» y la pérdida de derechos en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres o la protección de los derechos de la mujer ante la violencia de género. Igualmente se argumenta que con esta regulación las posibilidades de fraude en el reconocimiento de derechos son mucho mayores. Creo que tanto la transitoriedad prevista en la LT, como atendiendo a las normas generales de aplicación del derecho, tales problemas podrían quedar solventados. Por otro lado, la posibilidad de recurrir al fraude ante la implementación de una normativa (algo que no nos es desconocido, lamentablemente) no creo sea suficiente para impedir el reconocimiento del derecho que se postula, sino argumento para estimular, con las normas existentes, la detección y sanción del mismo cuando ocurra.

No obstante, como se sabe, en el mes de junio de 2023 se presentó ante el Tribunal Constitucional recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley precisamente vinculados con la autodeterminación, despatologización y legitimación para instar la rectificación registral. Habrá que esperar, obviamente, a la decisión del TC para completar esta valoración y el alcance que sobre el texto legal tenga.

BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, Salomé: «La Salud y la Autonomía en la reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por leyes 8/2015 y 26/2015». *Derecho y Salud*, vol. 26. Extraordinario, XXV Congreso -Ponencias, 2016, pp. 22-28.
- ARBESÚ GONZALEZ, Vanesa: «El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica». *Derecho y Salud*, vol. 26. Extraordinario, XXV Congreso -Ponencias, 2016, pp. 142-149.

- ARROYO GIL, Antonio: «Intersexualidad: Una aproximación jurídica» en *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI* (Matía Portilla, J., Elvira Perales, Arroyo Gil, A., dir) Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 437-486.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: *De la doble filiación materna a la filiación sin madre: Los progenitores en la Ley Trans*. 29 de marzo de 2023. Centro de estudios de Consumo. Publicaciones jurídicas ([HTTP://centrodeestudiosdeconsumo.com](http://centrodeestudiosdeconsumo.com)).
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)», *AFDUAM*, 17, (2013), pp. 105-144.
- «Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico-privadas», *RGDC*, 17 (2013), pp.1-75.
- «Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor». *RJUAM*, 38 (2019).
- BERNINI, Lorenzo: *Las teorías Queer. Una introducción*, (trad. Albert Tola), Barcelona-Madrid (Egales ed), 2018.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia: «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: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?», *Laleydigital* La Ley 7668/2023. En el trabajo se produce la colaboración de diferentes autores: Barber Cárcamo, R., Carrizo González-Castell, A., Cedeira Bravo de Mansilla, G., Exchevarria Saez, M., Guitiérrez de cabiedes, P, Martínez Gallego, E. M., Rodríguez Ruíz, B., Sarriego Morillo., J.
- CAMPS MERLO, Marina: *Identidad sexual y Derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo*, Pamplona (Eunsa), 2007.
- CHRIS DIETZ: GOVERNING LEGAL EMBODIMENT, On the Limits of SelfDeclaration (Fem Leg Stud (2018) 26:185–204 <https://doi.org/10.1007/s10691-018-9373-4>).
- DE LORA DEL TORO, Pablo: *Lo sexual es político y jurídico*, Alianza editorial, Madrid, 2019.
- *El laberinto del género. Sexo, identidad y feminismo*, Alianza editorial, Madrid, 2021.
- DÍAZ LAFUENTE, José: «La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el Unión Europea», *RGDC*, 17, (Monográfico *El movimiento LGTB en perspectiva constitucional*, (ELVIRA PERALES, A., MATÍA PORTILLO, J., ARROYO GIL, A- coord.-), 2013, pp. 1-48.
- ELVIRA PERALES, Ascensión: «Transexualidad y derechos», *RGDC*, 17, (Monográfico *El movimiento LGTB en perspectiva constitucional*, (Elvira Perales, A., Matía Portillo, J., Arroyo Gil, A- coord.-), 2013, pp. 1-29.
- ESTEVE ALGUACIL, Laura y NONELL I RODRÍGUEZ, Arnau: «Análisis del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI», *InDret*.3.2021 (online)
- FARJI NEER, Anhaí y MINES, Ana: «Gubernamentalidad, despatologización y (des) medicalización. Interrogantes sobre la Ley de Identidad de Género de Argentina (2011-2014)» *Século XXI. Revista de Ciências Sociais*, v. 4, núm. 2 (jul-dc-2014), p.35-64.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: *El dret de filiació avui. Una reflexió sobre el paper de la biologia, la voluntat i els conceppts «pare i mare*. Ateliers. 2023.

- FENTON GLYNN, Claire., «The legal status of intersex persons in Australia», en *The legal Status of intersex persons*, (Scherpe J.M, Dutta y Helms T, eds.), 2018, pp. 243-253.
- FERRER RIBA, Josep y LAMARCA MARQUÉS, Albert: «The legal status of transgender and transexual persons in Spain», *The legal Status of Transsexual and Transgender persons*, (Scherpe J.M., ed), Interesentia, Cambrigde, 2015, pp.261-279.
- GIOSA LAURA MARÍA., SCHIRO, María Victoria, DUNNE, Peter: «The legal status of transexual and transgender persons in Argentina» en *The legal status of transexual and transgender persons*, (Scherpe J.M., ed), Interesentia, Cambrigde (2015), pp. 571-584.
- HELMS, Tobías: «The 2013 German law: Analysis and criticus», en *The legal Status of intersex persons*, 2018, (Scherpe J.M., Dutta, Anatol and Helms, Tobías, eds.), pp. 369-381.
- HERRERA, Marisa: «Identidad de Género, Binarismo y Feminismo», en *Mujeres y derechos. Una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género*. (Benavente Moreda- coord-) Biblioteca de gobernanza y derechos humanos (6), cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, Marcial Pons, 2020, pp. 243-273.
- «Pluralismos identitario: Avances y desafíos de las personas no binarias», en (Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Valeria Durán de Kaplan (Dir.); Natalia DE LA TORRE y Juan Pablo Ríos, coord.) (Libro homenaje a Nora Lloveras), *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias- A un lustro del Código Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni Ed., Buenos Aires, 2020, pp. 81 a 113.
- HERRERA, Marisa: «Manual de Derecho de las Familias» (2023), 3.^a ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 1152-1153.
- HUGHES, Ieuan: «Biology of fetal sex development», en *The legal Status of intersex persons*, 2018, (Scherpe, Dutta y Helms, eds.), pp. 25-44.
- JOY GREEN, Fiona, FRIEDMAN, May (eds): *Buscando el final del Arcoiris: una exploración de las prácticas de crianza desde la fluidez de género*, (Traducido por Yolanda Fontal y revisado por Raquel Lucas Platero), Barcelona Bellaterra ed., 2015.
- KOWALENKO, A: «Nombre y género», en *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia- Derecho Civil. Derecho de las Familias. Niñez-Salud*. tomo I (Herrera, Marisa; De la Torre, Natalia; Fernández, Silvia E.- Dir; Videtta, C. A.- Coord. General), (Herrera, M.; De la Torre, N.; Fernández, S. E; Lloveras, N y Lamm, E- Coord), Buenos Aires, 2021, pp. 63-85.
- LAUROBA LACASA, Elena: «Las personas intersexuales y el derecho: Posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible», *Derecho Privado y Constitución*, 32, 2018, pp. 11-54.
- LÓPEZ GUZMÁN, José: *Transexualismo y salud integral de la persona*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia: La identidad sexual: personas transexuales y con trastornos del desarrollo gonadal «no existen sexos, solo roles»: un experimento antropológico necesitado de la biotecnología «, *Cuadernos de Bioética*, núm. 78, vol. XXIII, 2012 disponible en: <http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/341.pdf>.
- MADRIGAL MARTÍNEZ- PEREDA, Consuelo: «Menores y tratamientos médicos», *Derecho y Salud*, vol. 26. Extraordinario, XXV Congreso 2016/Ponencias, pp. 12-21.

- MALDONADO, Javier: «El reconocimiento del derecho a la identidad sexual de los menores transexuales en los ámbitos registral, educativo y sanitario», *RJUAM*, núm. 36, 2017-II, pp. 135-169.
- DE MONTALVO JÄÄSKELAINEN, Federico: «Problemas legales acerca del tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad transexuales», *RGDC*, núm. 24, 2017, pp. 1-31.
- *Menores de edad y consentimiento informado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- NIETO PIÑEROBA, José Antonio: *Transexualidad, Intersexualidad y dualidad de género*, Barcelona, Bellaterra, 2008.
- PFÄFFLIN, Friedemann: «Transgenderism and transsexuality medical and psychological viewpoints», en *The legal status of transsexual and transgender persons*, (Scherpe, J.M., ed), Intersentia, Cambridge, 2015. pp. 12-23.
- PLATERO MÉNDEZ, Raquel (Lucas): *Transexualidades. Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos*, 2.ª ed, Barcelona, Bellaterra, 2014.
- PRECIADO, Paul B: *Un apartamento en Urano. Crónica del cruce*. Anagrama, Barcelona, 2019.
- QUICIOS MOLINA, M.ª S. (2023). «Las relaciones de filiación de personas LGTBI» (Tribuna), *Cuadernos de Derecho Privado*, 5, pp. 2-7.
- SÁNCHEZ FREYRE, Juan Manuel: «La mayoría de edad como requisito para la rectificación registral del sexo y el nombre: una cuestión de derechos fundamentales», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 14, abril 2018, pp. 39-52.
- VIDERVAEK MUNKHOLM, Natalie, «Legal Status of transsexual and transgender person in Denmark» en *The Legal Status of Transsexual and transgender persons*, Scherpe, J.M. (ed), Intersentia, 2015, pp. 147 a 181.

Acerca del proyecto de reforma de la responsabilidad civil recientemente aprobado en Bélgica

Estudio preliminar y traducción¹

FELIPE OYARZÚN VARGAS

Investigador predoctoral de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto destacar algunos puntos en cuanto al contenido y su traducción al español del Proyecto de reforma de la responsabilidad extracontractual que ha sido recientemente aprobado por la Cámara de Representantes de Bélgica.

PALABRAS CLAVE

Reforma, Responsabilidad civil, Bélgica.

In regard to the recently approved civil liability reform project in Belgium

Preliminary study and translation

ABSTRACT

The purpose of this paper is to emphasize some aspects regarding the content and the translation into Spanish of the Civil Liability Reform Project that has been recently approved by the Belgian Chamber of Representatives.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2022-142468NB-I00, sobre «Pago de lo indebido y enriquecimiento injustificado: las bases del sistema», financiado por la Agencia Estatal De Investigación (AEI).

KEY WORDS

Reform, Civil liability, Belgium.

SUMARIO: I. La reforma en Bélgica.–II. Estructura del proyecto.–III. Estudio preliminar de la proposición.–1. Respecto a los elementos de la responsabilidad extracontractual.–1.1. Particularidades en cuanto a la culpa.–1.2. Particularidades en cuanto a la causalidad.–1.2.1 Condición necesaria (artículo 6.18).–1.2.2. Pluralidad de responsables (de los arts. 6.19 al 6.21).–1.2.3. La incertidumbre causal y la responsabilidad proporcional (arts. 6.22 y 6.23).–1.3. Particularidades en cuanto al daño.–1.3.1 La noción de interés jurídicamente protegido (Artículo 6.24)–1.3.2. El resarcimiento de los gastos razonables destinados a evitar un daño inminente (artículo 6.28).–1.3.3. La cesación del ilícito (Artículo 6.40).–2. Novedades en algunos de los regímenes de responsabilidad extracontractual en la reforma.–2.1. Acerca de la responsabilidad de los menores y de las personas que sufren un trastorno mental.–2.1.1. Menores (arts. 6.9 y 6.10).–2.1.2. Personas que padezcan un trastorno mental (artículo 6.11).–2.2. Responsabilidad por el hecho ajeno.–2.2.1. Responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos (artículo 6.12). 2.2.2. Responsabilidad de las personas encargadas de la vigilancia de otras (artículo 6.13). –2.3. Responsabilidad por el hecho de las cosas y los animales (arts. 6.16 y 6.17). –3. Concurso de responsabilidad (artículo 6.3). –IV. Traducción de la Proposición de ley sobre el libro 6 «Responsabilidad Extracontractual» del Código Civil aprobado en Bélgica.–Bibliografía.

I. LA REFORMA EN BÉLGICA

Bélgica, al igual que otros países en Europa, también ha estado inserto en un período de cambios a su Código Civil². Es preciso indicar que este cuerpo normativo estaba vigente desde 1804 y solo un reducido número de artículos (arts. 1382 a 1386 bis del Código Civil belga) regían todos los litigios relacionados con la responsabilidad extracontractual. Esta situación resulta un contraste si se tiene en consideración la amplitud que ha adquirido esta rama del derecho³.

² En Europa en las últimas décadas es posible encontrar varios procesos de reforma. En este sentido, se destaca tanto los proyectos de reforma de la responsabilidad civil tanto en Francia como en Bélgica, como algunos de los nuevos Códigos Civiles en Países Bajos (1992), República Checa (2014), Moldavia (2019), Rumanía (2011), Estonia (2002), entre otros.

³ DUBUISSON, JT, 2016, Núm. 6666/38, p. 674; GEORGE, 2019, p. 129; GEORGE, 2020, p. 14; LUTTE, 2020, p.11.

A causa de la situación descrita, mediante de un Acuerdo de Gobierno (el cual es un documento que contiene todos los acuerdos relacionados con la política que seguirá el gobierno de turno durante la legislatura) del 10 de octubre de 2014, se indica lo obsoleto y confuso de varias materias de derecho civil, motivo por el cual resulta necesaria una reforma que busque la simplificación y armonización de éstas⁴. En ejecución de este Acuerdo, se dicta el decreto ministerial del 30 de septiembre de 2017, titulado «*Arrêté ministériel portant création des Commissions de réforme du droit civil*», que estableció varios grupos de trabajo que se encargarían de preparar la modernización de distintos capítulos del derecho civil, incluyendo el derecho de obligaciones, el derecho de propiedad, el derecho de prueba, y también el tema de interés de este trabajo: el derecho de la responsabilidad extracontractual. En particular, en el artículo 4 del Decreto ministerial se crea una Comisión de Reforma de la Ley de Responsabilidad, la cual tenía el objetivo de elaborar una propuesta de reforma a las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual⁵.

En esas circunstancias, el 1 de noviembre de 2020 entró en vigor la ley del 13 de abril de 2019 que crea un nuevo Código Civil para Bélgica. Desde entonces, el Código Civil del 21 de marzo de 1804 lleva el título de «Código Civil antiguo». Posterior a la entrada en vigor del nuevo Código Civil belga, el trabajo de cada una de las comisiones creadas se ha llevado a la discusión legislativa con la intención de incluirse en el ya promulgado código nuevo como leyes modificativas⁶.

En opinión de Dubuisson, son múltiples las razones que justifican una reforma a la responsabilidad civil. En primer lugar, el Código Civil de 1804 es incomprensible para los ciudadanos, pues en pocos artículos se condensa mucha información que, por un lado, no ofrece claridad a la ciudadanía sobre su contenido y, por otro lado, no refleja los cambios que ha tenido esta rama del derecho con el paso del tiempo. En segundo lugar, el Código Civil carece de directrices claras, lo cual lo ejemplifica señalando que

⁴ Accord de Gouvernement (Acuerdo de Gobierno), de fecha 10 de octubre de 2014, p. 126. Disponible en internet: <https://www.infi-services.org/sites/default/files/files/news/accord-de-gouvernement-102014.pdf>

⁵ La comisión destinada a reformar la responsabilidad extracontractual se conformó de la siguiente manera: en calidad de presidente el profesor HUBERT BOCKEN; en calidad de vicepresidentes: Profesores BERNHARD DUBUISSON y JEAN-LUC FAGNART; en calidad de experto los profesores GEERT JOCQUÉ, GENEVIÈVE SCHAMPS, THIERRY VANSWEEVELT; en calidad de representante de la Justicia SPF (Servicio Público Federal) BIAGIO ZAMMITTO. Información disponible en el artículo 4 del «*Arrêté ministériel portant création des Commissions de réforme du droit civil*», de 30 de septiembre de 2017.

⁶ Sobre el progreso legislativo de la reforma, véase: <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>

este cuerpo normativo no define ninguno de los tres elementos esenciales de la responsabilidad: culpa, nexo de causalidad y daño. En tercer lugar, para este autor este Código Civil necesita de una actualización ya que está fuera de sintonía con las realidades económicas y sociales, no adaptándose a varios fenómenos nuevos que han surgido con el paso del tiempo⁷. Adicionalmente, es preciso indicar que esta rama del derecho en Bélgica era esencialmente de un carácter jurisprudencial. En este sentido, todos los elementos esenciales de la responsabilidad extracontractual no están definidos en el Código Civil, sino que han sido los tribunales quienes han dotado de contenido los conceptos de la culpa, del nexo causal y del daño⁸.

Además de las razones expuestas en el párrafo anterior, el proceso de reforma en Bélgica ha contado con la influencia de los proyectos de armonización europeos tales como los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (en adelante, PETL⁹) o el Borrador del Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR¹⁰). De igual forma, deben ser señalados los procesos de reforma de los países vecinos como Francia o Países Bajos, los cuales influyeron a la doctrina belga a defender una modernización de su Código Civil¹¹.

En lo relativo a la reforma de la responsabilidad civil, cabe destacar el trabajo de la comisión destinada a tal efecto la cual ha estado compuesta por importantes profesores en la materia¹². Así, tras elaborar una primera versión del proyecto en 2019, la Comisión prosiguió sus trabajos hasta el 2023. Finalmente, el 8 marzo de 2023 fue presentada ante la Cámara de Representantes de Bélgica la Proposición de ley de modificación del Libro 6 del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual¹³. Durante el transcurso del año pasado se ha llevado a cabo la discusión parlamentaria corres-

⁷ DUBUISSON, *JT*, 2016, Núm. 6666/38, pp. 680-681.

⁸ Véase los comentarios de los artículos de la Proposición de ley en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 3. A juicio de DUBUISSON, las distintas interpretaciones que puede llegar a tener una jurisprudencia pueden tener un impacto muy significativo en los alcances de una norma determinada, véase DUBUISSON, *JT*, 2016, Núm. 6666/38, p.681.

⁹ Conocidos por sus siglas en inglés PETL-«Principles of European Tort Law».

¹⁰ Conocido por sus siglas en inglés DCFR-«Draft Common Frame of Reference»

¹¹ DUBUISSON, *RDC*, 2019, Núm. 4, p. 317. De igual modo, véase los comentarios de los artículos de la Proposición de ley en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 4.

¹² Véase cita 4.

¹³ Será «proposición de ley» o «proyecto de ley» según quien haya tenido la iniciativa legislativa. En este caso, se utiliza el término de «proposición de ley» dado que quienes han realizado la propuesta han sido Miembros de la cámara de representantes de Bélgica y no el ejecutivo (en ese caso se haría referencia a un proyecto de ley propiamente tal). Información disponible en: https://www.lachambre.be/accessible/laChambre_lexique.htm

pondiente, mediante la cual la Proposición de ley se ha aprobado el 01 de febrero del 2024¹⁴.

A causa de lo expuesto en el párrafo previo, se debe indicar que los comentarios de la Proposición de ley a los que se hará referencia en este artículo son aquellos que están incluidos en el documento que fue ingresado el 8 de marzo de 2023 en la Cámara de Representantes de Bélgica. Ello se debe a que el texto articulado adoptado el 1 de febrero de 2024 es muy similar al anterior, pero no contiene, lógicamente, comentarios adicionales al texto. De igual modo, se debe señalar que los textos de la doctrina belga que son utilizados en este trabajo corresponden a estudios realizados sobre el Anteproyecto de ley presentado el 1 de septiembre de 2019 por el Ministro de Justicia a la Cámara de Representantes. Concretamente, se destacan de estos estudios aquellas partes que se han mantenido durante el proceso de reforma y que han sido incluidas en el texto adoptado el 2024, siendo aplicables las reflexiones a todo el proceso. Por tanto, todas las reflexiones de la doctrina que se citan en este trabajo y los comentarios que acompañaron a la Proposición de ley (del 8 de marzo de 2023), se refieren a cuestiones que se han mantenido en el texto adoptado el 1 febrero de 2024 en Bélgica (el cual fue publicado en el diario oficial de ese país el 1 de julio de 2024). Sentado lo anterior, es preciso señalar que por medio de la reforma se perseguían los siguientes objetivos: (i) proponer una estructura más clara y comprensible de la ley de responsabilidad civil agrupada en torno a sus elementos esenciales (hechos generadores, nexo de causalidad, daño e indemnización); (ii) consolidar los logros de la jurisprudencia con ciertas correcciones o matices e; (iii) introducir verdaderas innovaciones en determinados ámbitos en los que la jurisprudencia es fluctuante o incluso contradictoria¹⁵.

Con base en el artículo 45 del aprobado proyecto de reforma, esta última entrará en vigor el primer día del sexto mes siguiente a su publicación en el diario oficial belga.

Como ha sido mencionado, la publicación del texto aprobado en el diario oficial belga fue el 1 de julio del 2024. Por tanto, habrá que esperar hasta el próximo año para que la reforma del Código civil belga en materia de responsabilidad civil extracontractual sea una ley vigente.

¹⁴ El texto adoptado está disponible en: <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/3213/55K3213012.pdf>. Ese texto aprobado ha sido publicado como ley el 1 de julio del 2024 en el diario oficial belga.

¹⁵ Lo señalado está en el preámbulo de la Proposición de ley, véase *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 5.

II. ESTRUCTURA DEL PROYECTO

El antiguo Código Civil belga disponía de pocos artículos para regular la responsabilidad extracontractual (del artículo 1382 al artículo 1386 bis). La tradición jurídica recibida en las codificaciones decimonónicas diversifica el régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual en los siguientes grupos: la responsabilidad por el hecho propio, por los hechos de aquellas personas de las que se debe responder y por los daños causados por las cosas que uno tiene bajo su guarda¹⁶. Lo señalado se observa en la normativa belga, dado que se establecía una cláusula general (artículo 1382), una norma de responsabilidad por el hecho ajeno (artículo 1384), una norma de responsabilidad por los daños causados por los animales (artículo 1385), una norma de responsabilidad por los daños causados por los edificios (artículo 1386) y una norma de responsabilidad por los daños causados por las personas que sufren un trastorno mental (artículo 1386 bis.).

En contraste, la estructura del aprobado proyecto de reforma de la responsabilidad civil en Bélgica dispone de una normativa compuesta por más de 50 artículos. De la lectura de la Proposición de Ley de la responsabilidad civil en Bélgica se desprende una postura crítica en cuanto al estado de la cuestión con el Código Civil antiguo. En este sentido, se apunta que es lamentable que los tribunales no dispongan de herramientas para orientar sus decisiones, ya sea en materia de apreciación de la culpa, del nexo causal o del daño. De igual modo, se indica que con el nuevo Código Civil se pretenden colmar ciertas lagunas existentes en la legislación belga hasta la aprobación del proyecto de reforma¹⁷.

Por tanto, a diferencia de la antigua legislación, la reforma aprobada de la responsabilidad civil está dividida en 7 capítulos, a saber:

– El capítulo 1 contiene algunas normas introductorias y establece reglas para abordar la concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual;

¹⁶ DUBUISSON, JT, 2016, Núm. 6666/38, p. 674. En igual sentido en España, véase DÍEZ-PICAZO, 2011, p. 377.

¹⁷ Véase el preámbulo de la Proposición de ley en Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p. 4.

– El capítulo 2 está dedicado a los fundamentos de la responsabilidad extracontractual y trata de los distintos hechos que dan lugar a responsabilidad. Se subdivide en responsabilidad personal, responsabilidad vicaria y responsabilidad por cosas y animales;

– El capítulo 3 está referido a la causalidad, donde la Proposición indica que se ha considerado necesario proponer soluciones jurídicas precisas en una serie de hipótesis en las que la teoría de la equivalencia de las condiciones no ofrece respuestas claras o impone soluciones demasiado rigurosas y a veces injustas¹⁸.

– El capítulo 4 se refiere al daño, partiendo de la vulneración de un bien jurídicamente protegido y abordando a continuación las repercusiones económicas y no económicas de esa vulneración.

– El capítulo 5 regula las consecuencias de la responsabilidad, es decir, las cuestiones relacionadas a la reparación del daño. En esta parte se establecen los principios generales que rigen la reparación.

– El capítulo 6 establece la posibilidad de que el tribunal dicte una orden o una prohibición para hacer cumplir una norma jurídica que prescribe un determinado comportamiento, con el fin de prevenir un daño que amenaza con producirse.

– El capítulo 7 está dedicado a los regímenes especiales de responsabilidad. Aunque en la propuesta se advierte que en el futuro se pueden regular otros regímenes especiales de responsabilidad, es preciso señalar que en este capítulo solamente se disponen normas para regular un régimen especial de responsabilidad como lo es el de productos defectuosos.

III. ESTUDIO PRELIMINAR DE LA PROPOSICIÓN

1. RESPECTO A LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

1.1. Particularidades en cuanto a la culpa

Respecto al elemento de la culpa, la propuesta inicialmente reitera lo establecido en el artículo 1382 del antiguo Código Civil de Bélgica, estableciendo que toda persona es responsable de los daños que cause a otra persona por su culpa (artículo 6.5)¹⁹. Poste-

¹⁸ Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p. 7.

¹⁹ Conviene señalar que el Artículo 1382 del antiguo Código Civil belga señalaba que: «*Todo acto humano que cause un daño a otra persona obliga a la persona por cuya culpa fue causado a repararlo*». La traducción es personal.

riormente, y eso es una novedad, el proyecto de reforma define culpa, señalando que ésta consiste en el incumplimiento de una norma jurídica que impone o prohíbe una conducta determinada o de la norma general de prudencia que debe observarse en las relaciones sociales (Artículo 6.6. en su primer párrafo). También en el segundo párrafo del artículo 6.6. se establece que la norma general de diligencia exige que se adopte una conducta que habría adoptado una persona prudente y razonable en las mismas circunstancias. Mediante esta norma, el legislador ha optado por reducir el concepto de culpa a su elemento objetivo, dado que se deriva del incumplimiento de una norma escrita (establecimiento en una ley) o no escrita (la norma general de prudencia)²⁰. Lo indicado no implica en modo alguno que desaparezcan todos los elementos subjetivos de las condiciones de la responsabilidad personal, los cuales se abordan a través de otros medios jurídicos según se detallará (véase las normas sobre los menores y las personas que sufren trastornos mentales, como también las normas que regulan las causas de exoneración de responsabilidad)²¹.

Además de definirla, el proyecto contiene una serie de normas que se refieren a la culpa. Así, es oportuno mencionar que el texto no distingue en función de la gravedad de la culpa, de forma tal que la más mínima conducta culposa basta para incurrir en responsabilidad²². Esto debe ser destacado ya que en el antiguo Código Civil belga el artículo 1382 se refería inicialmente a la culpa dolosa y el artículo 1383 a la negligencia o imprudencia²³. No obstante, esa distinción en la actualidad no es relevante dado que la culpa más leve basta para obligar a su autor a reparar íntegramente el daño²⁴. Como indica los comentarios contenidos en la Proposición de ley, se confirma el principio de que la culpa debe apreciarse en el momento del hecho dañoso a la luz de todos los conocimientos de que disponía el agente en ese momento²⁵.

Adicionalmente, la propuesta contiene algunos criterios de evaluación de la culpa en el caso concreto (artículo 6.6 parte final). En

Como se observa, el artículo 1382 del Código Civil belga corresponde al tenor literal del artículo 1382 del Código Civil francés en su versión original de 1804. Actualmente en Francia, el mismo contenido del antiguo artículo 1382 se mantiene en el artículo 1240 del Código Civil francés, tras la reforma de su Derecho de obligaciones y contratos de 2016. Véase la actual disposición en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032021486/#LEGISCTA000032021486

²⁰ LUTTE, 2020, p. 25.

²¹ DUBUISSON, *RDC*, 2019, Núm. 4, p. 325; DUBUISSON, 2020, p. 413; GEORGE, 2019, p. 145; GEORGE, 2020, pp.42-43.

²² Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p.40.

²³ *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, pp.39-40.

²⁴ DUBUISSON, *RDC*, 2019, Núm. 4, p. 324. DUBUISSON, 2020, p. 412.

²⁵ *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p.44.

este sentido, el proyecto señala que para valorar la culpa en el caso concreto podría tomarse en consideración criterios tales como (i) las consecuencias razonablemente previsibles de la conducta; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo de que se produzca el daño, su naturaleza y alcance, y los esfuerzos y medidas necesarias para evitarlo; (iii) el estado de la técnica y de los conocimientos científicos; (iv) las reglas del arte y de las buenas prácticas profesionales; (v) los principios de buena administración y organización. Los criterios propuestos no son exhaustivos ni acumulativos, sino que tienen la intención de ser útiles para la apreciación de los jueces²⁶.

Por otra parte, el capítulo referido a la culpa contempla las causas de exclusión de ésta, señalando que la fuerza mayor (artículo 6.7) es una de ellas. El artículo 6.7 indica que la fuerza mayor exige que al autor del daño le haya sido imposible cumplir la norma de conducta aplicable²⁷. Para apreciar esta imposibilidad, se tiene en cuenta el carácter imprevisible o inevitable del acontecimiento que impide el cumplimiento de la norma²⁸.

También la propuesta considera que existen otras circunstancias que pueden causar la exclusión de la culpa en la responsabilidad extracontractual. Dentro de los otros motivos de exclusión, el artículo 6.8 de la propuesta indica que se excluirá la culpa en los casos: (i) en que se cometa un error invencible de hecho o de derecho; (ii) en que no se pueda cumplir las normas de conducta previstas por la ley a causa de una coacción física o psíquica; (iii) de estado de necesidad; (iv) en que se actúa en virtud de una orden resultante de la ley o de una orden de una autoridad, a menos que dicha orden sea manifiestamente ilegal; (v) de legítima defensa; (vi) en que la parte perjudicada haya consentido válidamente la vulneración de los intereses de que pudiera disponer.

Como se observa, a diferencia del caso de la fuerza mayor, en estas otras circunstancias no implican necesariamente que el hecho dañoso no sea imputable. Como indican los comentarios de la Proposición de ley, la pretensión con el establecimiento de esta norma es la determinación de ciertas causas de exclusión de la culpa con independencia de que la circunstancia se refiera a la imputabilidad, la capacidad o a la ilicitud de la conducta²⁹. Por tanto, el tribunal sólo está obligado a evaluar si los hechos cumplen las condiciones

²⁶ Dubuisson, RDC, 2019, Núm. 4, p. 325; DUBUISSON, 2020, p. 415.

²⁷ Como indica GEORGE, en el proyecto de reforma de la responsabilidad se ha optado por desvincular a la fuerza mayor de la causalidad e incluirla entre las disposiciones relativas a la culpa, en GEORGE, 2019, p. 147; GEORGE, 2020, p. 39.

²⁸ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 54.

²⁹ *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 55.

para la exclusión de la culpa en el caso concreto atendiendo las circunstancias expuestas.

1.2. Particularidades en cuanto a la causalidad

El proyecto de reforma aprobado contiene varias disposiciones relativas a la causalidad. Es preciso señalar que se ha mantenido la definición legal de causa como la condición sin la cual el daño no se habría producido (artículo 6.18), pero se corrige o completa en casos particulares porque no puede, por sí sola, responder a todas las complejas cuestiones que plantea el establecimiento de la relación causal. La propuesta presta especial atención a las hipótesis de incertidumbre causal para las que se establecen supuestos de responsabilidad proporcional.

1.2.1. CONDICIÓN NECESARIA (ARTÍCULO 6.18)

El artículo 6.18 de la Proposición de ley señala que un hecho generador de responsabilidad es la causa del daño si es una condición necesaria del mismo. Sin embargo, en la propuesta se cuestiona el concepto de condición necesaria como único criterio lógico de selección para establecer vínculos causales en el Derecho de la responsabilidad civil³⁰. En este sentido, se ha señalado que aplicar el único criterio de condición necesaria no conduce a resultados aceptables en determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, piénsese en aquellas situaciones donde dos hechos independientes y paralelos explican el daño³¹. Al no ser ninguno de los dos hechos una condición necesaria del daño, no se podría imputar éste siguiendo la teoría de la condición suficiente. Por este motivo, el artículo 6.18 § 1 párrafo 2.º establece una corrección al criterio de la condición suficiente, señalando que una persona responsable de un hecho que normalmente da lugar a responsabilidad no puede eludirla por el mero hecho de que otro u otros hechos hayan sido suficientes para causar el daño³².

³⁰ Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p.88.

³¹ La exposición de motivos de la Proposición ejemplifica a través del caso que alguien lanza una bomba incendiaria en una casa y, al mismo tiempo, se produce un cortocircuito en una habitación que contiene sustancias combustibles como consecuencia de los trabajos realizados por un electricista. En este caso, tanto la bomba incendiaria como el cortocircuito habrían bastado para provocar el incendio. Véase los comentarios de la Proposición en Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p.89.

³² Literalmente, el artículo 6.18 § 1 párrafo 2.º señala lo siguiente: «*Si un hecho generador de responsabilidad no es condición necesaria del daño por la única razón de que otro u otros hechos simultáneos, juntos o por separado, son condición suficiente del daño, constituye, no obstante, una causa del daño*».

A pesar de la corrección señalada, en el artículo 6.18 § 2 se consagra una excepción a favor del demandado, estableciendo que no habrá responsabilidad si el vínculo entre el hecho generador de la responsabilidad y el daño es tan remoto que sería manifiestamente irrazonable atribuir ese daño a la persona cuya responsabilidad se alega. El proyecto de reforma ofrece algunos criterios para que el tribunal en el caso concreto compruebe si se está en presencia o no de esta excepción a favor del demandado, a saber: el carácter imprevisible del daño en relación con las consecuencias normales del acontecimiento que da lugar a la responsabilidad y el hecho de que este acontecimiento no haya contribuido de manera significativa a la producción del daño (artículo 6.18 § 2)³³. Los criterios dados en la norma no son exhaustivos, en consecuencia, los jueces pueden aplicar otros si lo estiman conveniente³⁴.

1.2.2. PLURALIDAD DE RESPONSABLES (DE LOS ARTS. 6.19 AL 6.21)

De acuerdo con el artículo 6.19 del Proyecto, por regla general, todos los causantes del daño son responsables «*in solidum*». En otras palabras, la víctima puede, a su elección, exigir a cada uno de los corresponsables que indemnicen la totalidad del daño hasta que haya obtenido el pago íntegro³⁵. El artículo 6.19 prevé dos hipótesis diferentes. Por un lado, el caso en que varios actos de los que varias personas son responsables son causa de un daño (Artículo 6.19 §1); mientras que, por otro lado, el caso en que varias personas son responsables del mismo acto que es la causa del daño (Artículo 6.19 §2).

Es conveniente señalar que la propuesta utiliza el concepto de responsabilidad «*in solidum*» y no el de responsabilidad «solidaria». Esto se debe a una distinción hecha en el Libro 5 «De las Obligaciones» en el Código Civil belga. Por un lado, el Código indica que existe responsabilidad solidaria entre deudores cuando éstos están obligados a una misma prestación y el acreedor puede exigir a cada uno de ellos el pago de la totalidad de la misma (artículo 5.160). Por otro lado, los deudores están obligados «*in solidum*» cuando, fuera de los casos de responsabilidad solidaria pasiva y de indivisibilidad, y aunque estén vinculados hacia el acreedor

³³ Para una visión crítica de esta norma, véase las observaciones realizadas por LUTTE, 2020, pp. 56-60.

³⁴ Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p.94.

³⁵ Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p.94.

por obligaciones distintas, cada uno de ellos está obligado a pagar íntegramente (artículo 5.168)³⁶.

Las principales diferencias entre las obligaciones solidarias y las obligaciones «*in solidum*» tienen relación con las consecuencias jurídicas. Varias de las consecuencias propias de las obligaciones solidarias no son aplicables a las obligaciones «*in solidum*». En este sentido, los efectos secundarios de la responsabilidad solidaria pasiva a que se refiere el artículo 5.163 del Código Civil belga no se aplican a las obligaciones «*in solidum*» salvo disposición legal en contrario. Así, por ejemplo, la regla que señala que la interrupción de la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios interrumpe la prescripción respecto de todos no es aplicable a las obligaciones «*in solidum*». En cualquier caso, varias de las normas que regulan la solidaridad (arts. 5.161, 5.162, 5.164 y 5.165) se podrían aplicar a las obligaciones «*in solidum*», siempre que sean compatibles con la naturaleza de la obligación (artículo 5.169).

En cuanto al régimen entre los causantes del daño una vez que se ha indemnizado a la víctima, el artículo 6.21 establece las reglas de las acciones de repetición entre sí. La regla general es que aquel causante del daño que ha indemnizado al perjudicado puede ejercitar una acción contra cualquier otro de los causantes en la medida en que el hecho en que se basa su responsabilidad haya contribuido a la producción del daño (artículo 6.21 §1). Esta regla tiene como excepción tanto los casos de responsabilidad por el hecho de otro, como los casos en que los daños hayan sido causados intencionalmente (véase el artículo 6.21 §2-3).

1.2.3. LA INCERTIDUMBRE CAUSAL Y LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL (ARTS. 6.22 Y 6.23)

Otra innovación de la Proposición es la introducción de la responsabilidad proporcional para dos situaciones específicas de incertidumbre causal como son los casos de pérdida de oportunidad y los casos de causalidad alternativa³⁷. En los dos escenarios descritos se permite la indemnización de una parte del daño. La extensión del resarcimiento se determinará en función de la probabilidad de que el hecho generador de la responsabilidad constituya una causa del daño³⁸. La introducción de una responsabilidad pro-

³⁶ Información extraída de Ley de modificación del Libro 5 «Obligaciones» del Código Civil, disponible en Internet: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=fr&pub_date=2022-07-01&caller=list&numac=2022032058

³⁷ GEORGE, 2019, pp. 160-161; GEORGE, 2020, p. 33.

³⁸ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p.107.

porcional a la probabilidad de que la acción culposa haya causado el daño a la víctima es por directa influencia de lo que ha dicho una parte de la doctrina belga antes y también por influencia de lo establecido en los PETL, los cuales defienden la aplicación de la responsabilidad proporcional para diversos casos de incertidumbre causal³⁹.

Por lo que refiere a la pérdida de oportunidad, el artículo 6.22 del Proyecto le concede un derecho a la víctima de exigir un resarcimiento parcial en proporción a la probabilidad de que la acción u omisión culposa del demandado haya causado el daño al perjudicado⁴⁰. El tipo de casos a los cuales se aplica esta disposición se caracterizan por la incertidumbre que surge de lo que habría ocurrido si el demandado hubiera tenido una conducta alternativa legítima («*hypothèse de l'alternative légitime*»). La hipótesis de la alternativa legítima tiene relación con la pregunta acerca de qué habría ocurrido si el causante del daño hubiera cumplido con lo que ordena la ley⁴¹. La respuesta a esta pregunta será fundamental para la procedencia de la indemnización en el caso concreto. En consecuencia, si es que se concluye que existía una posibilidad real de que el daño no se hubiera producido si el demandado se hubiera comportado de forma alternativa conforme a Derecho, existe un derecho a indemnización acorde a las reglas del 6.22. En cambio, si el daño se hubiera producido de la misma manera en los dos escenarios, no existiría relación causal en el caso concreto y no procedería la indemnización del artículo 6.22⁴². En cualquier caso, la propuesta establece que en caso de que no sea posible determinar la probabilidad de que un hecho concreto del demandado haya podido generar un daño al demandante, los jueces pueden conceder una indemnización en equidad (artículo 6.37 de la Proposición)⁴³.

En cuanto a las causas alternativas, la Proposición prevé una responsabilidad proporcional para este tipo de casos. Sobre este punto, el artículo 6.23 del proyecto de reforma establece que, en estas situaciones, cada uno de los demandados es res-

³⁹ Véase European Group on Tort Law, 2008, pp. 81 y ss.

⁴⁰ Como señala LUTTE, con esta norma existe un desplazamiento del foco de la pérdida de oportunidad dado que se abandona el enfoque desde el daño y se pasa al enfoque desde la causalidad. Véase LUTTE, 2020, p. 70. Acerca de los enfoques posibles en la teoría de la pérdida de oportunidad, véase MARTÍN CASALS, 2011, pp. 51-54; OYARZÚN VARGAS, 2021, p. 123-125.

⁴¹ Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p.112.

⁴² Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p.111-112.

⁴³ Para una visión crítica de esta decisión adoptada por el legislador de abordar los casos de «pérdida de oportunidad» mediante la aplicación de un enfoque causal, véase LUTTE (2020), pp. 70-76.

ponsable en proporción a la probabilidad de que el hecho del que es responsable haya causado el daño. Como indican los comentarios de la Proposición, para que se pueda aplicar esta norma el demandante deberá establecer por separado cada hecho que dé lugar a responsabilidad para cada una de las partes potencialmente responsables y, además, la probabilidad de que cada demandado haya causado el daño⁴⁴. Es preciso señalar que la decisión adoptada por la propuesta belga es similar a la contenida en los PETL (Artículo 3:103 de los PETL⁴⁵) y, al mismo tiempo, es una diferencia con lo que ha sido regulado en el Código Civil alemán (§830 del BGB por sus siglas en alemán⁴⁶) o neerlandés (artículo 6.99 del BW por sus siglas en neerlandés⁴⁷), los cuales establecen un régimen de responsabilidad solidaria para este tipo de casos.

1.3. Particularidades en cuanto al daño

1.3.1. LA NOCIÓN DE INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO (ARTÍCULO 6.24)

El primer párrafo del artículo 6.24 indica que el daño consiste en las consecuencias económicas o no económicas de la lesión de un interés personal jurídicamente protegido. La referencia al interés jurídicamente protegido puede resultar sorprendente en un texto derivado de la tradición del derecho civil francés, con su estableci-

⁴⁴ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p.118.

⁴⁵ «Artículo 3:103. Causas alternativas. (1) En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima». Traducción extraída de *European Group on Tort Law*, 2008, p. 84.

⁴⁶ Se debe señalar que la norma del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) indica lo siguiente: «§830. Joint tortfeasors and persons involved.

If more than one person has caused damage by a jointly committed tort, then each of them is responsible for the damage.

The same applies if it cannot be established which several of several persons involved caused the damage by his act.»

Traducción extraída de DANNEMANN/SCHULZE, 2020, p. 1630. En el comentario de esa norma, los autores mencionados señalan expresamente que ésta se aplica a los casos cuando varias personas hayan participado en la producción del daño, aunque no hayan actuado de forma concertada sino independientemente. Véase DANNEMANN/SCHULZE, 2020, p. 1630.

⁴⁷ La norma contenida en el Código Civil neerlandés (*Burgerlijk Wetboek* o BW) establece lo siguiente: «Artículo 6.99. *Where the damage is caused by two or more events, for each of which another person is liable, and it is ascertained that the damage originates from at least one of these events, then each of the persons is jointly and severally liable for the damage, unless he proves that the damage is not caused by the event for which he is liable.*». Traducción extraída de GIESEN, Ivo/KEIRSE, 2011, p.166.

miento se abandona la definición de daño como lesión de un interés legítimo, que era la que se había manejado en la doctrina hasta el momento⁴⁸.

Antes de la reforma, todos los daños podían ser indemnizados por medio de la cláusula general contenida en el artículo 1382 del Código Civil antiguo en Bélgica, no estableciendo ninguna jerarquía o preferencia entre ellos⁴⁹. Basándose en los comentarios contenidos en la Proposición de ley, la reforma no pretende poner en tela de juicio la situación anterior, no obstante, se inspira en el § 823 del BGB para señalar que el daño resulta de la lesión de un interés jurídicamente protegido⁵⁰. En este sentido, el interés jurídicamente protegido es un interés reconocido y protegido por el Derecho que actúa como una especie de filtro que permite que el daño ingrese al ámbito de la legalidad, de forma tal que pueden existir lesiones o vulneraciones que no necesariamente resulten en un daño⁵¹. Para la propuesta la utilización de esta denominación tiene la ventaja de aclarar el enfoque que debe seguirse para decidir si el daño es indemnizable en un caso determinado⁵².

Si bien la norma de la reforma belga está inspirada en el § 823 del BGB alemán, sin embargo, se diferencian en que el proyecto belga no enumera los intereses dignos de protección y el alemán sí, motivo por el cual en el caso del derecho belga corresponderá al juez determinar si la infracción está protegida por el Derecho o no⁵³. Es preciso señalar que los autores de la reforma belga han señalado que la modificación propuesta no sería fundamental como podría parecer, ya que los intereses que merecen protección no están definidos exhaustivamente en la ley que determina los requisitos para que concurra la responsabilidad⁵⁴. Esta circunstancia aproxima al artículo 6.24 de la reforma belga a lo que ha sido establecido en los PETL, los cuales señalan que el daño resarcible requiere la producción de un daño patrimonial o extrapatrimonial a un interés jurídicamente protegido (artículo 2:101 de los PETL)⁵⁵.

⁴⁸ DUBUISSON, 2020, p. 416; DUBUISSON, *RDC*, 2019, Núm. 4, p. 326; GEORGE, 2020, p. 44; GEORGE, 2019, p. 162; LEONARD/MORTIER, 2020, p. 406. Existe una parte de la doctrina que ha manifestado su disenso con este cambio realizado en la propuesta, al respecto véase la crítica en LUTTE, 2020, pp. 88-96.

⁴⁹ La norma señalada establecía lo siguiente: «Artículo 1382. *Todo acto humano que cause daño a otro, obliga a la persona por cuya culpa se produjo a repararlo*». La traducción es personal.

⁵⁰ Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, pp. 120-121.

⁵¹ DUBUISSON, *RDC*, 2019, Núm. 4, p. 326.

⁵² Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p. 125.

⁵³ GEORGE, 2019, pp. 163-164; GEORGE, 2020, p. 45; LEONARD/MORTIER, 2020, p. 407.

⁵⁴ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p. 124.

⁵⁵ Literalmente, la traducción al español de los PETL señala: «Artículo 2:101. *Daño resarcible. El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente*

1.3.2. EL RESARCIMIENTO DE LOS GASTOS RAZONABLES DESTINADOS A EVITAR UN DAÑO INMINENTE (ARTÍCULO 6.28)

De acuerdo con la doctrina, este artículo incorpora en el ordenamiento jurídico belga la misma idea que está detrás de las siguientes normas: el artículo 1237 del proyecto de reforma de la responsabilidad civil francés, el artículo 2:104 de los PETL y el 6:302 del DCFR⁵⁶. Efectivamente, todas las disposiciones mencionadas establecen un resarcimiento de los gastos destinados por el perjudicado para evitar la materialización de un daño inminente⁵⁷.

Basándose en las disposiciones señaladas en el párrafo anterior, el Proyecto de reforma de la responsabilidad civil belga establece que *«los gastos resultantes de las medidas urgentes y razonables adoptadas por la parte perjudicada para prevenir un daño inminente o el agravamiento de un daño correrán a cargo de la persona responsable o de la persona que sería responsable si se hubiera producido el daño, incluso si se hubieran producido sin resultado»* (artículo 6.28 párrafo 1.º). Para los autores detrás de la reforma esta disposición resultaba necesaria dado que, en opinión de éstos, la normativa belga que regula la responsabilidad civil no ofrece ninguna base para recuperar los costes en este tipo de casos⁵⁸. Por tanto, a efectos de solucionar lo señalado, la propuesta contiene una disposición que permite a la parte perjudicada recuperar de la parte responsable los costes asociados a las medidas adoptadas para evitar un daño inminente o un agravamiento del daño. De

protegido». Traducción extraída de European Group on Tort Law, 2008, p. 61.

⁵⁶ GEORGE, 2020, p. 35; COLSON, 2020, p. 492.

⁵⁷ Conviene señalar que el artículo 2:104 de los PETL *«los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables»*, traducción extraída de de European Group on Tort Law, 2008, p. 71. Por su parte, la disposición 6:302 del DCFR establece que *«la persona que haya incurrido en unos gastos razonables o haya soportado cualquier otro tipo de daño para impedir la producción de un daño inminente o para limitar el alcance o la gravedad de un daño producido tendrá derecho a ser indemnizada por quien hubiera sido responsable de la causación del mismo»*, en DEL OLMO GARCÍA/MARTÍN CASALS, 2015, p. 331. De igual forma, el artículo 1237 del Proyecto de reforma de la responsabilidad civil en Francia dispone lo siguiente: *«Los gastos en que incurra el demandante para prevenir la producción inminente de un daño o para evitar su agravación, así como para reducir las consecuencias, constituyen un daño indemnizable si se han efectuado razonablemente»*. La traducción es personal. Cabe señalar que este artículo del Proyecto de reforma en Francia tiene como inspiración el artículo 1344 del Proyecto Catala, el cual señalaba que *«los gastos expuestos para prevenir la realización inminente de un daño o para evitar su agravación, así como para reducir las consecuencias, constituyen un perjuicio reparable, desde el momento que han sido razonablemente comprometidos»*, traducción extraída del trabajo del profesor Antonio Cabanillas en CABANILLAS SÁNCHEZ, ADC, tomo LX, 2007, fasc. II, p. 814.

⁵⁸ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p. 142.

acuerdo con una parte de la doctrina, el objetivo de esta norma es animar a la víctima a prevenir el daño o su agravamiento⁵⁹.

De la lectura de la norma se desprende que los requisitos son que se esté en presencia de un daño inminente y que los gastos efectuados hayan sido razonables. En este sentido, existirá un daño inminente cuando se sabe que se producirá a corto plazo si no se toman las medidas necesarias. La idea con este requisito es distinguir entre los daños inminentes y los daños hipotéticos, siendo exclusivamente los primeros exigibles al potencial responsable⁶⁰. Adicionalmente, la disposición exige que las medidas adoptadas sean razonables y urgentes. Los comentarios de esta norma en la Proposición no definen ninguna de estas dos características, sin embargo, señala que en caso de que los costes por las medidas adoptadas sean excesivos o desproporcionados para el objetivo previsto, éstos no se podrán indemnizar⁶¹.

Cumplidas las exigencias del artículo 6.28, los costes incurridos por el perjudicado podrán ser exigibles a la persona que habría sido considerada responsable si el daño hubiera ocurrido, aun en la hipótesis que las medidas no hayan logrado el objetivo previsto de evitar el daño. Para MORTIER y LEONARD, la hipótesis planteada por la norma debe ser aceptada dado que no podría aceptarse que la víctima que hace un intento razonable de prevenir su daño, pero que fracasa, se encuentre en una situación más desfavorable que la víctima que no ha hecho nada para evitar su propio daño⁶².

1.3.3. LA CESACIÓN DEL ILÍCITO (ARTÍCULO 6.40).

Bajo la premisa de que prevenir el daño es preferible a compensarlo, el proyecto de reforma establece el artículo 6.40. Concretamente, la norma señalada indica que en «*caso de violación comprobada o de amenaza grave de violación de una norma jurídica que imponga una conducta específica, el juez podrá, a petición de parte que demuestre que su patrimonio o su integridad física resultarán perjudicados como consecuencia de la violación, dictar una orden o una prohibición para asegurar el cumplimiento de la norma jurídica*» (artículo 6.40). De este modo, la disposición concede al juez la posibilidad de imponer una prohibición o dictar una

⁵⁹ LEONARD/MORTIER, 2020, p. 422.

⁶⁰ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en C Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p. 142.

⁶¹ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p. 142.

⁶² LEONARD/MORTIER, 2020, p. 423.

orden con vistas a prevenir un daño cuando una conducta culposa sea susceptible de causarlo⁶³.

Esta norma se trata de medidas preventivas destinadas a garantizar el cumplimiento de una norma jurídica que prescribe una conducta determinada⁶⁴. Al respecto, se debe distinguir la figura mediante la cual se indemnizan los «gastos preventivos» (artículo 6.28) de la figura de la cesación del ilícito (artículo 6.40). Por un lado, por medio del artículo 6.28 se establece que las medidas adoptadas por iniciativa de la propia víctima constituyen un daño indemnizable siempre cuando sean cumplidos los requisitos contenidos en la norma. En cambio, el artículo 6.40 del proyecto de reforma de la responsabilidad civil concede al tribunal la facultad de prevenir el daño, pero aún no se está en presencia de daños indemnizables. En el caso del artículo 6.40, se dispone que el juez puede dictar una prohibición a cualquier persona que corra el riesgo de causar un daño a otros por su culpa, sin perjuicio del derecho a la indemnización por daños y perjuicios⁶⁵.

Por otra parte, para los autores de la reforma el establecimiento de una norma con estas características es un reconocimiento de la función preventiva de la responsabilidad civil. Aunque son contundentes en reconocer que la función principal de la responsabilidad es la indemnizatoria, de igual modo consideran que mediante la figura del artículo 6.40 existe un reforzamiento de esta función accesoria de prevención de la responsabilidad civil⁶⁶.

2. NOVEDADES EN ALGUNOS DE LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN LA REFORMA

2.1. **Acerca de la responsabilidad de los menores y de las personas que sufren un trastorno mental.**

Esta propuesta contiene disposiciones específicas que regulan directamente la responsabilidad de dos categorías de personas que

⁶³ DUBUISSON, *RDC*, 2019, Núm. 4, pp. 328-329; DUBUISSON, 2020, p. 422.

⁶⁴ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 162.

⁶⁵ COLSON hace esta apreciación, dentro de un texto referido a la reforma belga, refiriéndose al proyecto francés. No obstante, es posible análogamente vincular lo dicho con lo propuesto en el proyecto de reforma belga. Véase COLSON, 2020, pp. 492-493.

⁶⁶ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 12. De igual forma, GEORGE, 2019, p. 140; PIERRE, 2020, pp. 115-116.

actualmente podrían considerarse carentes de discernimiento: los menores y las personas que sufren trastornos mentales. En la propuesta de reforma se ha optado por abordar directamente la cuestión de la responsabilidad de estas personas sin vincularla necesariamente a una condición de discernimiento la cual, llegado el caso, se tendría que verificar en el caso concreto.

2.1.1. MENORES (ARTS. 6.9 Y 6.10)

Antes del proyecto de reforma de la responsabilidad civil, el Código Civil belga no contenía ninguna disposición relativa a la responsabilidad extracontractual de los menores. Ante la ausencia de normas en la materia, la solución jurisprudencial había consistido en valorar si el menor, además de haber incurrido en una conducta culpable, había actuado libre y conscientemente, lo cual dependía si tenía o no capacidad de discernimiento⁶⁷. En este sentido, el juez debía comprobar si el menor en cuestión estaba en condiciones de apreciar las consecuencias de sus actos, siendo su edad solamente un indicio de su capacidad para ser responsable, pero no era determinante.

En la Propuesta aprobada, en lugar de evaluar caso por caso la cuestión del discernimiento de un niño se establece, en aras de una mayor seguridad jurídica, que los menores de menos de 12 años no son responsables de sus actos (artículo 6.9). Así, la procedencia o no de responsabilidad del menor en un caso determinado ya no depende de una evaluación de su capacidad de discernimiento en el momento del daño, sino que de un dato objetivo como lo es la edad⁶⁸.

En contraste, sí se considera responsables a los menores de 12 años o más (artículo 6.10), sin perjuicio de un poder de moderación concedido al juez en cuanto a la cuantía de la indemnización. En estos casos, el juez determinará la cuantía de la indemnización considerando las circunstancias del caso y la situación económica de las partes. Con todo, cuando la responsabilidad del menor esté cubierta por un contrato de seguro, el juez no podrá decidir que no hay lugar a indemnización, ni limitar la indemnización a un importe inferior al que el contrato de seguro prevea como cobertura (artículo 6.10 párrafo 3.º).

⁶⁷ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 42. Acerca de la capacidad de discernimiento de los menores en Bélgica, véase GEORGE, 2019, pp. 146-147; GEORGE, 2020, pp. 43-44.

⁶⁸ LUTTE, 2020, p. 45; GEORGE, 2019, p. 146; GEORGE, 2020, p. 43.

2.1.2. PERSONAS QUE PADEZCAN UN TRASTORNO MENTAL (ARTÍCULO 6.11)

Siguiendo el ejemplo del artículo 1386 bis del antiguo Código Civil belga, el artículo 6.11 del proyecto de reforma de la responsabilidad civil en Bélgica establece que la persona que padezca un trastorno mental que suprima o menoscabe gravemente su capacidad de discernimiento o de control de sus actos es responsable de los daños causados por su culpa o por otro hecho generador de responsabilidad⁶⁹.

Además, se debe mencionar que los daños debidos a una pérdida temporal de conciencia no entran en el ámbito de aplicación de esta norma, coincidiendo con lo que ya estaba regulado antes en Bélgica. En consecuencia, es necesario que se esté en presencia de una alteración persistente de la capacidad mental, la cual sea inherente a la persona⁷⁰.

Al igual que en el caso del menor de 12 años o más, para la indemnización se tendrá en consideración las circunstancias del caso y la situación económica de las partes y no se podrá limitar el resarcimiento en el caso que la persona con trastorno mental tenga su responsabilidad cubierta por un seguro (artículo 6.11 párrafo 2.º). Por tanto, si su responsabilidad está plenamente cubierta por el contrato de seguro, la persona con trastorno mental será responsable de la totalidad de la indemnización y su asegurador no podrá invocar la posibilidad de exoneración o moderación⁷¹.

2.2. Responsabilidad por el hecho ajeno

2.2.1. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR EL HECHO DE SUS HIJOS (ARTÍCULO 6.12)

En el caso de la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos, cabe destacar que una de las novedades de la reforma es que se ha pasado de un régimen de responsabilidad basado en una presunción *iuris tantum* de culpa a un sistema de responsabilidad

⁶⁹ LUTTE, 2020, p. 49. Literalmente, el Artículo 1386 bis del antiguo Código Civil establecía que: «*Cuando una persona que padezca una alteración psíquica que suprima o disminuya gravemente su capacidad de discernimiento o de control de sus actos cause un daño a otra persona, el juez podrá condenarla al pago total o parcial de la reparación que le correspondería si tuviera el control de sus actos.*»

El juez decidirá con arreglo a la equidad, teniendo en cuenta las circunstancias y la situación de las partes.» La traducción es personal.

⁷⁰ DUBUISSON, RDC, 2019, Núm. 4, p. 325.

⁷¹ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 61.

objetiva (artículo 6.12)⁷². En el antiguo régimen, si los padres demostraban que les dieron una buena educación y los supervisaron cuidadosamente a sus hijos, no se aplicaba la presunción en contra de éstos. Como señalan los comentarios de la Proposición, la educación y la supervisión suficiente eran conceptos vagos y amplios, los cuales son interpretados por los tribunales de forma muy diferente, lo que da lugar a una falta de seguridad jurídica. Para superar esa dificultad, se ha establecido un régimen de responsabilidad objetiva de los padres por el hecho de sus hijos, la cual puede ser asegurable y brinda mayor protección a las víctimas, dado que es poco probable que un menor tenga recursos económicos propios para indemnizar el daño⁷³.

El régimen de responsabilidad objetiva de los padres es hasta el momento en que sus hijos cumplan los 16 años y se aplica también a los padres adoptantes y tutores⁷⁴. La idea de esta disposición ha sido ampliar la posibilidad de personas con autoridad sobre el menor. El artículo 6.12. en su párrafo 2.º establece una excepción a este régimen de responsabilidad objetiva, indicando que será posible exonerar a los padres de responsabilidad siempre que los daños causados por un menor de 16 años o más no hayan sido causados por una falta de supervisión de su parte. Los jueces en el caso concreto deberán valorar ciertos factores como el lugar y el momento del daño, el carácter peligroso o no de las actividades del menor, su estado físico y mental y su capacidad intelectual⁷⁵. Si el menor se ha emancipado, ya sea legal o judicialmente, responde personalmente por los daños que pueda causar.

2.2.2. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS ENCARGADAS DE LA VIGILANCIA DE OTRAS (ARTÍCULO 6.13).

Otra novedad de la reforma se encuentra en el artículo 6.13, el cual establece una presunción *iuris tantum* de responsabilidad para dos categorías de personas responsables de la vigilancia de otras⁷⁶. En primer lugar, en los casos de las personas físicas o jurídicas

⁷² Esta disposición se inspira principalmente en lo que ha ocurrido en Francia en este asunto, véase GEORGE, 2019, p. 149.

⁷³ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 61.

⁷⁴ Como indica GEORGE, que existan todos esos destinatarios en la norma se adapta mucho mejor a las realidades familiares actuales, véase GEORGE, 2019, p. 150; GEORGE, 2020, p. 22.

⁷⁵ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 62.

⁷⁶ GEORGE, 2019, p. 152; GEORGE, 2020, p. 24. También véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 66.

responsables de controlar, de forma global y duradera, el estilo de vida de otra persona. En segundo lugar, en los casos de centros educativos por sus alumnos.

En primer lugar, el artículo 6.13 en su párrafo 1.º se establece la responsabilidad de la persona encargada por los daños que genere la persona que está a su cargo a terceros. La presunción opera siempre que la persona que está siendo cuidada se encuentre bajo la vigilancia de la persona encargada. Para que la persona encargada se considere como tal, su calidad se debe basar en una disposición legal o reglamentaria, una decisión judicial o administrativa o de un contrato. Además, debe ser un encargo duradero del modo de vida de la persona que estará a su cargo, es decir, el control a corto plazo es insuficiente para imputar la responsabilidad de esta norma⁷⁷. En la misma norma se prevé una excepción a la responsabilidad en este caso, dado que se señala que no será responsable si puede demostrar que el daño no fue causado por un fallo de supervisión de su parte.

En segundo lugar, el artículo 6.13 en su párrafo 2.º regula la responsabilidad de los centros educativos por los daños causados a terceros por sus alumnos por su culpa. El requisito es que los alumnos estén bajo la vigilancia del centro educativo (artículo 6.13 párrafo 2.º). El proyecto de reforma a la responsabilidad civil tiene una diferencia con el antiguo Código civil belga, dado que en el primero la responsabilidad recae ahora en el centro educativo, mientras que en el segundo recaía en el profesor personalmente (artículo 1384 del antiguo Código Civil⁷⁸). En la misma disposición señalada de la Proposición de ley se observa que el centro educativo podrá eximirse de responsabilidad si puede demostrar que el daño no ha sido causado por un fallo de supervisión de su parte.

2.3. **Responsabilidad por el hecho de las cosas y los animales (arts. 6.16 y 6.17)**

En cuanto a la responsabilidad por el hecho de las cosas, el artículo 6.16 del proyecto de reforma establece un régimen de responsabilidad objetiva del custodio por los daños causados por una cosa afectada por un defecto.

⁷⁷ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 66.

⁷⁸ Esa disposición señalaba en uno de sus párrafos que «*Los maestros y artesanos, por los daños causados por sus alumnos y aprendices mientras estén bajo su vigilancia*». La traducción es personal.

El concepto de «cosa» tiene un amplio alcance de lo cual se deriva que el ámbito de la aplicación sea extenso. De hecho, dada la amplitud de la norma, ya no es necesaria una disposición específica relativa a los daños resultantes de la ruina de un edificio (artículo 1386 del antiguo Código Civil)⁷⁹. Por esa razón, se ha derogado la responsabilidad del propietario de un edificio en ruinas en virtud del artículo 1386, pasándose a regular por el régimen de responsabilidad de las cosas corporales defectuosas⁸⁰.

El párrafo 2 del artículo 6.16 ha establecido una presunción *iuris tantum* por la que el propietario se considera el custodio de la cosa⁸¹. De igual forma, ha establecido una excepción a dicha presunción señalando que el propietario podrá demostrar que otra persona tiene la custodia de la misma. Lo importante para determinar al custodio en el caso concreto será observar quien es la persona que efectivamente tiene el control de la cosa, siendo aplicable este régimen de responsabilidad tanto al propietario como a un tercero⁸².

El párrafo 3.º del artículo 6.16 se indica que una cosa corporal está afectada por un defecto cuando, debido a alguna de sus características, no ofrece la seguridad que legítimamente cabe esperar en las circunstancias dadas. En este sentido, para considerar que una cosa es defectuosa será necesario atender el concepto de seguridad, al igual como ocurre en el régimen de productos defectuosos en el proyecto de reforma (artículo 6.45).

En cuanto al régimen de responsabilidad por el hecho de los animales, se ha mantenido el régimen de responsabilidad objetiva establecida en el antiguo Código Civil⁸³. No obstante, es posible apreciar algunas diferencias en el contenido de la comparación entre la antigua y la nueva normativa. Al respecto, la nueva disposición (artículo 6.17) se refiere al custodio («*le gardien*») y no al propietario («*le propriétaire*»), entendiéndose por el primero aquella persona que, en el momento del daño, tiene la facultad de dirigir y

⁷⁹ GEORGE, 2019, p. 156. También se indica en los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p. 76.

⁸⁰ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, pp. 78-79.

⁸¹ De acuerdo con la profesora Florence GEORGE, esta presunción antes solamente estaba establecida para la responsabilidad por el hecho de los animales, de forma tal que la modificación que dispone la reforma representa una equiparación entre los regímenes de responsabilidad de las cosas y de los animales, véase GEORGE, 2019, p. 154.

⁸² Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en Chambre des Représentants de Belgique, 2023, DOC 55 3213/001, p. 78.

⁸³ El artículo 1385 del antiguo Código Civil belga señalaba lo siguiente «*El propietario de un animal, o la persona que lo utilice, mientras esté bajo su uso, es responsable de los daños causados por el animal, tanto si el animal estaba bajo su custodia como si se ha perdido o se ha escapado*». La traducción es personal.

controlar al animal en su propio nombre. Es decir, será relevante determinar quién tenía el control del animal al momento de que se produzca el daño⁸⁴. Si bien el mismo artículo 6.17 en su párrafo segundo establece una presunción *iuris tantum* mediante la cual el custodio será el propietario, este último puede probar que otra persona tenía la custodia del animal. Si se demuestra lo anterior, la persona a la que se ha transferido la custodia será responsable de los daños causados por el animal⁸⁵.

3. CONCURSO DE RESPONSABILIDAD (ARTÍCULO 6.3)

Según se indica en la Proposición de ley que reforma la responsabilidad civil en Bélgica, se ha abandonado la idea de que las partes que celebran un contrato expresan con ello una voluntad implícita de excluir las normas de responsabilidad extracontractual⁸⁶.

De acuerdo con el contenido de la reforma belga, se establece de forma general que las normas que rigen la responsabilidad extracontractual pueden aplicarse entre las partes contratantes, salvo que la ley o el contrato dispongan otra cosa (artículo 6.3 en su primer párrafo). De este modo, la parte perjudicada puede elegir entre los dos sistemas de responsabilidad, incluso para los casos de incumplimiento de una obligación contractual⁸⁷. Esto último es una novedad del proyecto de reforma dado que modifica lo establecido por la jurisprudencia belga, la cual había señalado que las normas de responsabilidad contractual se aplican de forma exclusiva a casos de incumplimiento contractual entre las partes contratantes⁸⁸.

No obstante, existe una excepción, según el artículo 6.3 apartado 1, párrafo 2, la otra parte de un contrato a la que la parte perjudicada exija una indemnización por responsabilidad extracontractual podrá invocar las excepciones previstas en la legislación sobre contratos especiales, las cláusulas contractuales y las normas especiales de prescripción aplicables al contrato. La propuesta evita así que la parte perjudicada eluda esta legislación especial y las cláus-

⁸⁴ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 80.

⁸⁵ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p. 80.

⁸⁶ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p.11.

⁸⁷ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p.28.

⁸⁸ DUBUISSON, *RDC*, 2019, Núm. 4, p. 322; DUBUISSON, 2020, p. 408.

sulas contractuales basando su acción en la ley de responsabilidad extracontractual en vez de en la ley de responsabilidad contractual⁸⁹. En virtud de esta disposición, la parte del contrato que ha sido demandada puede defenderse sobre la base de las cláusulas contractuales de la acción de responsabilidad extracontractual ejercida por la parte del contratante que ha demandado.

A la excepción señalada debe indicarse una contra excepción mediante la cual la propuesta ofrece una protección especial a los perjudicados señalando que la excepción explicada en el párrafo anterior no se aplicará cuando se ejercite una acción indemnizatoria por casos de daños derivados de lesiones físicas o psíquicas provocadas con la intención de causar daños por parte del demandado⁹⁰. En otras palabras, de acuerdo con el último párrafo del artículo 6.3, apartado 1, en este caso sigue siendo posible una acción extracontractual, sin que la persona cuya responsabilidad se exige pueda invocar las excepciones previstas en la legislación sobre contratos especiales, las cláusulas contractuales y las normas especiales de prescripción aplicables al contrato⁹¹.

IV TRADUCCIÓN DE LA PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE EL LIBRO 6 «RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL» DEL CÓDIGO CIVIL APROBADO EN BÉLGICA

CAPÍTULO 1. DISPOSICIÓN INTRODUCTORIA

Artículo 1. La presente Ley regula una materia contemplada en el artículo 74 de la Constitución.

CAPÍTULO 2. CONTENIDO DEL LIBRO 6 «RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL» DEL CÓDIGO CIVIL

Artículo 2. El Libro 6 del Código Civil, creado por el artículo 2 de la Ley de 13 de abril de 2019, por la que se crea un Código Civil y se inserta en él un Libro 8 «De la prueba», comprende las siguientes disposiciones:

⁸⁹ DUBUISSON, *RDC*, 2019, Núm. 4, p. 323; DUBUISSON, 2020, p. 409; GEORGE, 2020, pp. 17-18; GEORGE, 2019, p. 137.

⁹⁰ Como explica DUBUISSON, la idea que subyace de esta contra excepción es que los daños resultantes de lesiones corporales son, por su propia naturaleza, materia de responsabilidad extracontractual. En consecuencia, la existencia de un contrato no puede reducir la protección que la normativa aquiliana garantiza a la víctima de lesiones corporales. En DUBUISSON, *RDC*, 2019, Núm. 4, p. 323.

⁹¹ Véase los comentarios a los artículos que detallan el contenido la Proposición en *Chambre des Représentants de Belgique*, 2023, DOC 55 3213/001, p.21.

«Libro 6. Responsabilidad extracontractual

CAPÍTULO 1. Disposiciones introductorias.

Sección 1.^a Disposiciones generales.

Artículo 6.1. Derecho supletorio.

Las disposiciones del presente Libro se aplicarán en su integridad, salvo que de su tenor o alcance se derive que son, en todo o en parte, obligatorias o de orden público.

Sección 2. Concursos.

Artículo 6.2 (antiguo artículo 6.3). Aplicación no exclusiva.

Salvo disposición legal o contractual en contrario, la aplicación de una disposición de este Libro no impide la aplicación de otras disposiciones de este Libro, de otras partes de este Código o de otras leyes.

Artículo 6.3 (antiguo artículo 6.4). Responsabilidad contractual y extracontractual.

§ 1. Salvo disposición legal o contractual en contrario, las disposiciones legales relativas a la responsabilidad extracontractual se aplican entre las partes contratantes.

No obstante, si, sobre la base de la responsabilidad extracontractual, el perjudicado reclama a su cocontratante la reparación de los daños causados por el incumplimiento de una obligación contractual, dicho cocontratante puede invocar los medios de defensa derivados del contrato que ha celebrado con el perjudicado, de la legislación sobre contratos especiales y de las normas especiales de prescripción aplicables al contrato. Este no es el caso de las acciones de indemnización por daños derivados de lesiones físicas o psíquicas o de una falta cometida con la intención de causar daños.

2. Salvo disposición legal o contractual en contrario, las disposiciones legales en materia de responsabilidad extracontractual se aplican entre el perjudicado y el auxiliar de sus cocontratantes.

No obstante, si, sobre la base de la responsabilidad extracontractual, el perjudicado demanda al auxiliar de su cocontratante una indemnización por los daños causados por el incumplimiento de una obligación contractual, este último puede invocar los mismos medios de defensa que su principal puede invocar sobre la base del apartado 1 y que se refieren al cumplimiento de las obligaciones con las que colabora el auxiliar. El auxiliar también podrá oponer los mismos medios de defensa que él mismo pueda oponer a su cocontratante sobre la base del apartado 1.

Sección 3. Personas jurídicas.

Artículo 6.4 (antiguo artículo 6.5). Igualdad de trato entre personas jurídicas y personas físicas.

Salvo disposición legal en contrario, las disposiciones del presente Libro se aplican tanto a las personas jurídicas, privadas y públicas, como a las personas físicas.

CAPÍTULO 2. Hechos generadores de responsabilidad.

Sección 1.^a Responsabilidad personal

Subsección 1re Culpa

Artículo 6.5 (antiguo artículo 6.6). Principio.

Toda persona es responsable de los daños que cause a otra persona por su culpa.

Artículo 6.6 (antiguo artículo 6.7). Definición.

§ 1er. La culpa consiste en el incumplimiento de una norma jurídica que impone o prohíbe una conducta determinada o de la norma general de diligencia que debe observarse en las relaciones sociales.

§ 2 La norma general de diligencia exige que se adopte una conducta que habría adoptado una persona prudente y razonable en las mismas circunstancias.

A tal fin, pueden tomarse en consideración, en particular:

1° las consecuencias razonablemente previsibles de la conducta;

2° la proporcionalidad entre el riesgo de que se produzca el daño, su naturaleza y alcance, y los esfuerzos y medidas necesarios para evitarlo;

3° el estado de la técnica y de los conocimientos científicos;

4° la «*lex artis*» y de las buenas prácticas profesionales

5° los principios de buena administración y organización.

Subsección 2. Causas de exclusión de responsabilidad por culpa

Artículo 6.7 (antiguo artículo 6.8) Fuerza mayor.

Se produce fuerza mayor cuando es imposible cumplir la norma de conducta aplicable.

Una persona a la que le resulte imposible cumplir la norma de conducta aplicable no es responsable en virtud del artículo 6.5, a menos que la imposibilidad se deba a su propia culpa.

Para apreciar dicha imposibilidad, se tendrá en cuenta el carácter imprevisible o inevitable del hecho que impida el cumplimiento de esta norma.

Artículo 6.8 (antiguo artículo 6.9). Otros motivos de exclusión de la responsabilidad basada en la culpa.

Una persona que infringe la norma de conducta aplicable no es responsable en virtud del artículo 6.5:

1° cuando comete un error invencible de hecho o de derecho;
2° cuando, como consecuencia de una coacción física o psíquica, no pueda cumplir las normas de conducta previstas por la ley;

3° cuando un estado de necesidad le lleva a salvaguardar un interés expuesto a un peligro grave e inminente y cuyo valor es superior al interés que sacrifica;

4° cuando actúa en virtud de una orden resultante de la ley o de una orden de la autoridad, a menos que dicha orden sea manifiestamente ilegal;

5° cuando actúa en estado de legítima defensa porque se ve obligada a reaccionar a causa de un ataque injustificado contra su integridad física o de una amenaza grave de tal ataque y la defensa es proporcionada al ataque o a la amenaza;

6° cuando la parte perjudicada haya consentido válidamente la vulneración de los intereses de que pudiera disponer.

Subsección 3. Responsabilidad de los menores y de las personas que sufren un trastorno mental.

Artículo 6.9 (antiguo artículo 6.10). Menores de menos de doce años.

Un menor de menos de doce años no es responsable de los daños causados por su culpa o por cualquier otro hecho que dé lugar a responsabilidad.

Artículo 6.10 (antiguo artículo 6.11). Menores de doce años o más.

El menor de doce años o más responde de los daños causados por su culpa o cualquier otro hecho que dé lugar a responsabilidad.

No obstante, el juez puede decidir que el menor no debe indemnización o limitarla. El juez decidirá según la equidad, teniendo en

cuenta las circunstancias y la situación económica y financiera de las partes.

Cuando la responsabilidad del menor esté cubierta por un contrato de seguro, el juez no podrá decidir que no hay lugar a indemnización, ni limitar la indemnización a un importe inferior al que el contrato de seguro prevea como cobertura.

Artículo 6.11 (antiguo artículo 6.12). Personas que sufren un trastorno mental.

La persona que padezca un trastorno mental que suprima o menoscabe gravemente su capacidad de discernimiento o de control de sus actos es responsable de los daños causados por su conducta culposa o por otro hecho generador de responsabilidad.

No obstante, el juez podrá decidir que esa persona no debe indemnizar o podrá limitar el monto de la indemnización en la forma prevista en el artículo 6.10, apartado 2, teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 6.10.

Sección 2. Responsabilidad civil por hechos ajenos

Artículo 6.12 (antiguo artículo 6.13). Responsabilidad de las personas con autoridad sobre los menores.

Los padres, adoptantes, tutores y persona de acogida familiar, en la medida en que tengan autoridad sobre la persona de un menor de menos de dieciséis años, responden objetivamente de los daños causados a terceros por el menor por su culpa o por otro hecho generador de responsabilidad.

Los padres, adoptantes, tutores y persona de acogida familiar, en la medida en que tengan autoridad sobre la persona de un menor de dieciséis años o más, son responsables de los daños causados a terceros por el menor por su conducta culposa o por otro hecho generador de responsabilidad. No son responsables si pueden demostrar que el daño no ha sido causado por su culpa.

Artículo 6.13 (antiguo artículo 6.14). Responsabilidad de las personas encargadas de la vigilancia de otras.

La persona encargada, en virtud de una disposición legal o reglamentaria, de una decisión judicial o administrativa o de un contrato, de organizar y controlar de forma global y duradera el modo de vida de otras personas es responsable de los daños causados a terceros por su culpa o por otro hecho generador de responsabilidad, mientras se encuentren bajo su vigilancia. No es responsable si puede demostrar que el daño no fue causado por un fallo de supervisión por su parte.

Un centro de enseñanza es responsable de los daños causados a terceros por sus alumnos por su culpa o por otro hecho generador de responsabilidad, mientras se encuentren bajo su vigilancia. No es responsable si puede demostrar que el daño no ha sido causado por un fallo de supervisión por su parte.

Artículo 6.14 (antiguo artículo 6.15). Responsabilidad del mandante.

§ 1. El mandante es responsable objetivamente de los daños causados a terceros por su subordinado durante y en relación con el ejercicio de sus funciones, como consecuencia de su culpa o de otro hecho generador de responsabilidad.

El mandante es la persona que, de hecho, puede ejercer por cuenta propia una autoridad y una supervisión sobre los actos de otra persona.

§ 2 Una persona jurídica de derecho público es responsable objetivamente de los daños causados a terceros por miembros de su personal durante y en relación con el ejercicio de sus funciones, resultantes de su culpa o de otro hecho generador de responsabilidad, tanto si la posición de dichos miembros del personal se rige por los estatutos como si han actuado en el ejercicio del poder público.

Artículo 6.15 (antiguo artículo 6.16). Responsabilidad de las personas jurídicas por los órganos de dirección y sus miembros.

Las personas jurídicas de derecho privado responderán objetivamente de los daños causados a terceros por sus órganos de dirección o por los miembros, de hecho o de derecho, de dichos órganos, durante y en relación con el ejercicio de sus funciones, resultantes de su conducta culposa o de otro hecho generador de responsabilidad.

Una persona jurídica de derecho público responde objetivamente de los daños causados a terceros por sus órganos o por los miembros de sus órganos que no sean miembros de su personal, durante y en relación con el ejercicio de sus funciones, resultantes de su conducta culposa o de otro hecho generador de responsabilidad.

Sección 3. Responsabilidad por el hecho de los cosas corporales y los animales.

Artículo 6.16 (antiguo artículo 6.17). Responsabilidad por cosas corporales defectuosas.

El custodio de una cosa corporal es responsable objetivamente de los daños causados por un defecto de dicha cosa.

El custodio es la persona que tiene un poder no subordinado de dirección y control sobre la cosa corporal. Se presume que el propietario es el custodio de la cosa, a menos que pueda demostrar que otra persona tiene la custodia de la misma.

Una cosa corporal está afectada por un defecto cuando, debido a alguna de sus características, no ofrece la seguridad que legítimamente cabe esperar en las circunstancias dadas.

Artículo 6.17 (antiguo artículo 6.18). Responsabilidad por animales.

El custodio de un animal es responsable objetivamente de los daños causados por dicho animal.

El custodio es la persona que tiene un poder no subordinado de dirección y control sobre el animal. Se presume que el propietario es el custodio del animal a menos que el propietario demuestre que otra persona tiene la custodia.

CAPÍTULO 3. Relación causal.

Sección 1. Normas básicas.

Artículo 6.18 (antiguo artículo 6.19). Condición necesaria.

§ 1. Un hecho generador de responsabilidad es la causa de un daño si es una condición necesaria del mismo. Un hecho es condición necesaria del daño si, sin ese hecho, el daño no se habría producido como se produjo en las circunstancias concretas presentes en el momento del evento dañoso.

Si un hecho generador de responsabilidad no es condición necesaria del daño por la única razón de que otro u otros hechos simultáneos, juntos o por separado, son una condición suficiente del daño, constituye, no obstante, una causa del daño.

§ 2 No obstante, no habrá responsabilidad si el vínculo entre el hecho generador de la responsabilidad y el daño es tan remoto que sería manifiestamente irrazonable atribuir el daño a la persona cuya responsabilidad se alega. En esta apreciación se tendrá en cuenta, en particular, la improbabilidad del daño habida cuenta de las consecuencias normales del hecho generador de la responsabilidad y la circunstancia de que ese hecho no haya contribuido de manera significativa a la producción del daño.

Sección 2. Pluralidad de personas responsables

Artículo 6.19 (antiguo artículo 6.20). Responsabilidad «*in solidum*».

§ 1. Si varias personas son responsables de diferentes hechos generadores de responsabilidad que son la causa del mismo daño, son responsables «*in solidum*» de dicho daño.

§ 2. Si varias personas son responsables de un mismo hecho generador de responsabilidad, responden «*in solidum*» de los daños causados por dicho hecho.

Toda persona que incite a otra a cometer una conducta culposa o la ayude a cometerla será responsable «*in solidum*» con ella de los daños causados por esa conducta culposa.

Artículo 6.20 (antiguo artículo 6.21). Hechos de los que el perjudicado es responsable y que son una de las causas del daño que ha sufrido.

§ 1. Si un hecho del que el perjudicado es responsable es una de las causas del daño que ha sufrido, su derecho a la indemnización se reduce en la medida en que este hecho haya contribuido a la producción del daño.

§ 2. La persona por la que otra responde en virtud de la responsabilidad por el hecho ajeno no podrá invocar dicha responsabilidad contra la persona que responde por ella.

Una persona por cuya conducta se cumplen las condiciones para la responsabilidad objetiva no puede invocar dicha responsabilidad contra la persona responsable sin culpa.

§ 3. El perjudicado no tiene derecho a indemnización si una conducta culposa cometida por él mismo con intención de causar daño es una de las causas del daño que ha sufrido. Lo mismo se aplica si la conducta culposa ha sido cometida por una persona de la que el perjudicado es responsable.

El perjudicado tiene derecho a una indemnización por la totalidad del daño si una conducta culposa cometida por un tercero responsable con intención de causar daño es una de las causas del daño que ha sufrido. Lo mismo se aplica si esta acción culposa ha sido cometida por una persona de la que el tercero es responsable.

Si tanto el perjudicado como el tercero responsable o una persona por la que deban responder han cometido una acción culposa con intención de causar daños, se aplicará lo dispuesto en el apartado 1.

§ 4. Si el perjudicado tiene menos de doce años, su derecho a indemnización no puede reducirse.

Artículo 6.21 (antiguo artículo 6.22). Acciones de repetición entre corresponsables.

§ 1. Cuando varias personas sean responsables de un mismo daño, la persona que haya indemnizado al perjudicado podrá ejercer acciones contra cada una de las personas corresponsables en la medida en que el hecho en que se base su responsabilidad haya contribuido a la producción del daño.

§ 2 La persona por la que otra debe responder en virtud de responsabilidad por el hecho ajeno no podrá ejercer ningún recurso en virtud de dicha responsabilidad contra la persona que deba responder por ella.

Una persona que sea responsable objetivamente podrá ejercer un recurso por la totalidad contra la persona por cuya conducta culposa se cumplan las condiciones para dicha responsabilidad.

§ 3. La persona que haya indemnizado al perjudicado no podrá ejercer un recurso contra una persona corresponsable si ésta es responsable a causa de una conducta culposa cometida por ella o por una persona de la que sea responsable, con la intención de causar un daño.

La persona que haya indemnizado al perjudicado podrá repetir por la totalidad contra cada uno de los corresponsables que sea responsable por una conducta culposa cometida por él o por una persona de la que sea responsable, con intención de causar daño.

Si tanto la persona que ha indemnizado al perjudicado como el corresponsable o una persona por la que éstos deben responder han cometido una conducta culposa con intención de causar daños, se aplicará el apartado 1.

Sección 3: Incertidumbre causal-Responsabilidad proporcional.

Artículo 6.22 (antiguo artículo 6.23). Incertidumbre en cuanto a la naturaleza causal de la culpa-Pérdida de una oportunidad.

Cuando no es seguro que la conducta culposa cometida por la persona cuya responsabilidad se reclama sea una condición necesaria del daño porque éste también podría haberse producido si dicha persona se hubiera comportado legalmente en lugar de cometer una conducta culposa, la parte perjudicada tiene derecho a una indemnización parcial proporcional a la probabilidad de que dicha culpa haya causado el daño.

Esta disposición se aplica por analogía en el caso de la responsabilidad por culpa cometida por una persona por la que se responde en virtud del capítulo 2, sección 2.

Artículo 6.23 (antiguo artículo 6.24). Incertidumbre sobre la identidad de la persona responsable-Causas alternativas.

Si varios hechos similares de los que son responsables diferentes personas expusieron al perjudicado al riesgo de daño producido, sin que sea posible probar cuál de estos hechos causó el daño, cada una de estas personas es responsable en proporción a la probabilidad de que el hecho del que es responsable haya causado el daño. Sin embargo, no será responsable quien demuestre que el hecho del que responde no causó el daño.

CAPÍTULO 4. Daño.

Artículo 6.24 (antiguo artículo 6.25). Norma básica.

El daño consiste en las consecuencias económicas o no económicas de la lesión de un interés personal jurídicamente protegido.

No es indemnizable el daño consistente en la pérdida de una ventaja que tenga su origen directo en una situación o actividad ilícita imputable al perjudicado.

Artículo 6.25 (antiguo artículo 6.27). Daño cierto.

Sólo son indemnizables los daños ciertos.

Los daños futuros son indemnizables si son la consecuencia cierta de una lesión actual de un interés personal jurídicamente protegido.

Artículo 6.26 (antiguo artículo 6.28). Daños patrimoniales y no patrimoniales.

El daño patrimonial incluye todas las consecuencias económicas de la lesión. Incluye las pérdidas y los costes, así como el lucro cesante y la reducción de valor.

El daño extrapatrimonial comprende todas las consecuencias no económicas de la lesión a la integridad física o psíquica. Este daño puede ser indemnizado por la persona jurídica, siempre que sea compatible con su naturaleza.

Artículo 6.27 (antiguo artículo 6.29). Daño indirecto.

Los daños indirectos son indemnizables. El daño indirecto es el que sufre una persona como consecuencia de una lesión previa del interés de otra persona con la que la primera tiene una relación jurídica o de afectividad suficientemente estrecha.

El responsable puede invocar la culpa de la víctima directa, así como cualquier otra excepción de fondo que hubiera podido oponer a la víctima directa.

Artículo 6.28 (antiguo artículo 6.30). Prevención del daño.

Los gastos resultantes de las medidas urgentes y razonables adoptadas por la parte perjudicada para prevenir un daño inminente o el agravamiento de un daño correrán a cargo de la persona responsable o de la persona que sería responsable si se hubiera producido el daño, incluso si se hubieran realizado sin resultado.

El juez podrá dictar una orden o una prohibición contra la persona responsable para evitar la agravación del daño que pudiera resultar de la repetición o continuación del hecho dañoso.

Artículo 6.29 (antiguo artículo 6.31). Predisposición y condición previa del perjudicado.

La persona perjudicada que esté predispuesta a sufrir un daño tiene derecho a la reparación íntegra de su daño, aunque esta predisposición sea una de las causas del daño.

La persona perjudicada que, antes del hecho generador de la responsabilidad, se encontraba en una situación previa probada que ya había dado lugar a consecuencias dañosas, sólo tiene derecho a indemnización por el nuevo daño causado por ese mismo hecho o por el agravamiento del daño existente.

Si el responsable prueba que el hecho generador de la responsabilidad tuvo por efecto anticipar la producción de un daño que se habría producido incluso sin ese hecho, sólo se indemnizará el daño resultante de esa anticipación.

CAPÍTULO 5. Consecuencias de la responsabilidad.

Sección 1. Normas básicas.

Artículo 6.30 (antiguo artículo 6.32). Reparación íntegra.

La persona responsable del daño está obligada a repararlo íntegramente, teniendo en cuenta la situación concreta de la parte perjudicada.

Artículo 6.31 (antiguo artículo 6.33). Objetivos y métodos de reparación.

§ 1. La reparación del daño patrimonial tiene por objeto colocar al perjudicado en la situación en que se encontraría si no se hubiera producido el hecho generador de la responsabilidad.

La reparación del daño moral tiene por objeto indemnizar justa y adecuadamente al perjudicado por dicho daño.

§ 2 La reparación se efectúa en especie o en forma de daños y perjuicios.

Estos métodos de reparación pueden aplicarse simultáneamente si ello es necesario para garantizar la reparación íntegra del daño.

§ 3 Cuando la persona responsable, intencionadamente y con ánimo de lucro, haya lesionado un derecho de la personalidad del perjudicado o dañado su honor o reputación, el juez podrá conceder al perjudicado una indemnización adicional equivalente a la totalidad o a una parte del beneficio neto obtenido por la persona responsable.

Artículo 6.32 (antiguo artículo 6.34). Momento de la determinación del alcance del daño.

El alcance del daño se determina en la fecha más próxima al momento en que se repara efectivamente el daño.

Sección 2. Indemnización en especie.

Artículo 6.33 (antiguo artículo 6.35). Indemnización en especie.

§ 1. La reparación en especie tiene por objeto eliminar en la práctica las consecuencias perjudiciales de un hecho generador de responsabilidad.

Para ello, el juez puede modificar la situación jurídica de las partes u ordenar que se adopten medidas por el responsable o por un tercero a sus expensas, y puede autorizar al perjudicado a sustituir al responsable a estos efectos.

§ 2. A petición del perjudicado, se ordenará la reparación en especie, salvo que sea imposible o manifiestamente irrazonable, o salvo que requiera el uso de coacción sobre la persona responsable o que atente contra la dignidad humana.

La persona responsable podrá ofrecer la reparación del daño en especie. No obstante, el perjudicado podrá rechazar este ofrecimiento si acredita justa causa.

Sección 3. Valoración del daño.

Artículo 6.34 (antiguo artículo 6.36). Daños futuros resultantes de una lesión a la integridad física o psíquica.

Los daños futuros resultantes de una lesión a la integridad física o psíquica se indemnizan en forma de cantidad a tanto alzado, mediante un cálculo de capitalización o en forma de renta, según proceda. Se tienen en cuenta las circunstancias de las partes y los intereses del perjudicado.

El juez puede imponer una renta aunque no se haya solicitado, si ello está justificado por motivos determinantes relacionados con la protección de la parte perjudicada.

Artículo 6.35 (antiguo artículo 6.37). Prestaciones y ventajas percibidas por el perjudicado.

Se deducirán de la indemnización los beneficios y ventajas que el perjudicado no hubiera recibido de no haberse producido el hecho generador de la responsabilidad y que estén destinados a reparar el daño causado por el responsable.

Los beneficios y ventajas concedidos con el fin de gratificar a la parte perjudicada no se deducen de los daños y perjuicios.

Artículo 6.36 (antiguo artículo 6.38). Determinación por separado de los elementos del daño.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, el juez determinará por separado cada uno de los elementos del daño por los que conceda una indemnización.

El juez podrá hacer una estimación aproximada del daño cuando sea imposible determinar el alcance exacto del mismo o cuando una evaluación precisa suponga costes desproporcionados.

Cuando el alcance del daño no pueda determinarse de ningún otro modo, el juez podrá conceder una indemnización por daños y perjuicios en equidad.

Artículo 6.37 (antiguo artículo 6.39). Nuevo daño y agravación del daño.

La parte perjudicada que haya recibido una indemnización por daños y perjuicios resultantes de una lesión a su integridad física o psíquica podrá reclamar una indemnización adicional por daños y perjuicios nuevos o agravados resultantes de la misma lesión pero que aún no se hayan tenido en cuenta y de los que no podía razonablemente haber tenido conocimiento en el momento de la decisión del juez o del acuerdo extrajudicial.

La renuncia a este derecho no surte efecto.

Artículo 6.38 (antiguo artículo 6.40). Daños a las cosas.

En caso de daños a las cosas, la parte perjudicada tiene derecho a una indemnización por los gastos de reparación de éstas. Si estos costes superan el valor de sustitución de una cosa de las mismas características, la indemnización se limita a ese valor. El perjudicado también tiene derecho a ser indemnizado por la disminución eventual del valor de cosa resultante de su reparación.

Si una cosa se destruye o no puede repararse, el perjudicado tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios para sustituirlo por una cosa que tenga las mismas características y cumpla las mismas funciones.

Artículo 6.39 (antiguo artículo 6.41). Libre disposición de la indemnización.

La cuantía de la indemnización no depende del uso que le dé el perjudicado. La parte perjudicada puede disponer libremente de ellas.

CAPÍTULO 6. Orden o prohibición.

Artículo 6.40 (antiguo artículo 6.42). Orden o prohibición.

En caso de violación comprobada o de amenaza grave de violación de una norma jurídica que imponga una conducta específica, el juez podrá, a petición de parte que demuestre que su patrimonio o su integridad física resultarán perjudicados como consecuencia de la violación, dictar una orden o una prohibición para asegurar el cumplimiento de la norma jurídica.

CAPÍTULO 7. Regímenes especiales de responsabilidad.

Sección 1. Responsabilidad por productos defectuosos.

Artículo 6.41 (antiguo artículo 6.43). Principio.

El productor es responsable de los daños causados por un defecto de su producto.

Artículo 6.42 (antiguo artículo 6.44). Producto.

Se entiende por «producto» toda cosa mueble corporal, aunque esté incorporada a otra cosa mueble o inmueble, o se haya convertido en inmueble por destino.

La electricidad se considera un producto.

Artículo 6.43 (antiguo artículo 6.45). Productor.

Se entiende por «productor» el fabricante de un producto acabado, el fabricante de un componente de un producto acabado o el productor de una materia prima, así como cualquier persona que se presente como fabricante o productor poniendo su nombre, marca u otro signo distintivo en el producto.

Artículo 6.44 (antiguo artículo 6.46). Otras personas consideradas productores.

Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, cualquier persona que, en el ejercicio de su actividad económica, importe un producto en la Unión Europea con el fin de venderlo o ceder su uso a un tercero se considera productor del producto y responde de la misma manera que el productor.

Se considera que el proveedor del producto que ha causado el daño es el productor cuando

1° en el caso de un producto fabricado en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, el productor no pueda ser identificado, salvo que el proveedor indique al perjudicado, en un plazo razonable, la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto;

2° en el caso de un producto importado en la Unión Europea, no podrá identificarse al importador, aunque se indique el nombre del productor, a menos que el proveedor indique al perjudicado, en un plazo razonable, la identidad del importador o de la persona que le suministró el producto.

Artículo 6.45 (antiguo artículo 6.47). Producto defectuoso.

Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que cabe legítimamente esperar teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular

1° la presentación del producto

2° el uso normal o razonablemente previsible del producto;

3° el momento en que el producto se puso en circulación.

Un producto no puede considerarse defectuoso por el mero hecho de que posteriormente se haya puesto en circulación un producto más sofisticado.

Artículo 6.46 (antiguo artículo 6.48). Puesta en circulación.

Se entiende por «puesta en circulación» el primer acto que materializa la intención del productor de destinar el producto al uso previsto, transfiriéndolo a un tercero o utilizándolo en beneficio de éste.

Artículo 6.47 (antiguo artículo 6.49). Carga de la prueba.

La carga de la prueba del daño, del defecto y del nexo causal entre el defecto y el daño corresponde a la parte perjudicada.

Artículo 6.48 (antiguo artículo 6.50). Causas de exclusión de responsabilidad.

El productor no es responsable en virtud de esta sección si demuestra:

a) que no puso el producto en circulación;

b) que, a la vista de las circunstancias, hay motivos para creer que el defecto que causó el daño no existía en el momento en que

el producto fue puesto en circulación por él o que el defecto surgió con posterioridad;

c) que el producto no fue fabricado para la venta o para cualquier otra forma de distribución con fines económicos del productor, ni fabricado o distribuido en el ejercicio de su actividad profesional;

d) que el defecto se deba a la conformidad del producto con normas imperativas dictadas por las autoridades públicas;

e) que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que puso en circulación el producto no permitía detectar la existencia del defecto;

f) en el caso del productor de un componente o del productor de una materia prima, que el defecto es imputable al diseño del producto en el que se ha incorporado el componente o la materia prima o a las instrucciones dadas por el productor de dicho producto.

Artículo 6.49 (antiguo artículo 6.51). Responsabilidad solidaria

Cuando, en aplicación de esta sección, varias personas sean responsables de la misma pérdida o daño, serán solidariamente responsables, sin perjuicio de cualquier derecho de repetición.

Artículo 6.50 (antiguo artículo 6.52). Cláusulas que limitan la responsabilidad.

§ 1. La responsabilidad del productor no puede limitarse o excluirse en relación con el perjudicado mediante una cláusula limitativa o exoneratoria de responsabilidad.

§ 2 Podrá limitarse o excluirse cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o de una persona de la que el perjudicado sea responsable.

Sin perjuicio de los derechos de repetición, no está limitada o excluida con respecto al perjudicado cuando el daño es causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero.

Artículo 6.51 (antiguo artículo 6.53). Daños indemnizables.

§ 1. La indemnización que puede obtenerse en aplicación de la presente sección cubre los daños causados a las personas, incluidos los daños morales y, a reserva de las disposiciones siguientes, los daños causados a los bienes.

§ 2 Los daños en los bienes sólo darán lugar a indemnización si se refieren a bienes que sean de un tipo normalmente destinado

al uso o consumo privados y que hayan sido utilizados por el perjudicado principalmente para su uso o consumo privados.

Los daños causados al propio producto defectuoso no dan lugar a indemnización.

La indemnización por daños materiales sólo es pagadera previa deducción de un exceso de quinientos euros.

§ 3 El Rey podrá modificar el importe previsto en el apartado 2 para adaptarlo a las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del artículo 18.2 de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Artículo 6.52 (antiguo artículo 6.54). Caducidad y plazos de prescripción.

§ 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2277 ter del antiguo Código Civil, el derecho del perjudicado a obtener del productor la indemnización de su perjuicio sobre la base de esta Sección prescribirá al vencimiento de un plazo de diez años a partir de la fecha en que el productor puso en circulación el producto, a menos que durante dicho plazo el perjudicado haya entablado una acción judicial basada en esta Sección.

§ 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2277 ter del antiguo Código Civil, la acción basada en esta Sección prescribirá a los tres años contados a partir del día en que el perjudicado hubiera debido razonablemente tener conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor.

Se aplican a esta acción las disposiciones del antiguo Código Civil relativas a la interrupción y suspensión de la prescripción.

Artículo 6.53 (antiguo artículo 6.55). Concurrencia con otros fundamentos de responsabilidad.

La presente sección se entiende sin perjuicio de los derechos que la parte perjudicada pueda tener en virtud de la ley de responsabilidad contractual o extracontractual.

Artículo 6.54 (antiguo artículo 6.56). Competencia con los regímenes de seguridad social.

Los beneficiarios de un régimen de seguridad social o de un régimen de indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional siguen sujetos, incluso para la indemnización de una lesión cubierta por la presente sección, a la legislación que regula dicho régimen.

En la medida en que dicho perjuicio no sea indemnizado en virtud de uno de los regímenes mencionados en el párrafo primero, y en la medida en que puedan ejercitar una acción de derecho común contra la persona responsable, dichas personas tendrán derecho a reclamar la indemnización de su perjuicio de conformidad con la presente sección.

Las personas u organismos que, en virtud de los regímenes a que se refiere el párrafo primero, hayan concedido prestaciones a las personas que hayan sufrido los daños contemplados en la presente Sección o a sus derechohabientes, podrán ejercer contra el productor, de conformidad con la presente Sección, los derechos de repetición que les confieren dichos regímenes.

Artículo 6.55 (antiguo artículo 6.57). Energía nuclear.

La presente Sección no se aplicará a las indemnizaciones por daños contempladas en la Ley de 22 de julio de 1985 sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear y en los decretos dictados en desarrollo de la misma».

CAPÍTULO 3. DISPOSICIONES MODIFICATIVAS.

Sección 1. Modificaciones del Código Civil

Artículo 3 (nuevo)

Queda derogado el apartado 2 del artículo 5.89 del Código Civil.

Artículo 4 (antiguo artículo 3)

En el párrafo 1 del artículo 5.127 del mismo Código, las palabras «de los artículos 1382 a 1386 bis del antiguo Código Civil» se sustituyen por las palabras «del Libro 6».

Artículo 5 (antiguo artículo 4)

Se introducen las siguientes modificaciones en el párrafo 2 del artículo 5.237 del Código:

1° las palabras «los artículos 1382 a 1386 bis del antiguo Código Civil son» se sustituyen por las palabras «el Libro 6 es»;

2° las palabras «su naturaleza y alcance de ellos» se sustituyen por las palabras «su naturaleza y alcance de él».

Sección 2 (antigua Sección 3). Modificación del Código Penal.

Artículo 6

En el artículo 50 del Código Penal, los apartados 1 y 2 se sustituyen por el texto siguiente:

«Todas las personas condenadas por la misma infracción son solidariamente responsables de las costas judiciales, cuando hayan sido condenadas por la misma sentencia o resolución».

Sección 3 (antigua sección 4). Enmiendas al Código del cobro amistoso o forzoso de las deudas fiscales y no fiscales.

Artículo 7

En el artículo 35, § 1, párrafo 1, del Código del cobro amistoso o forzoso de las deudas fiscales y no fiscales, modificado por la Ley de 23 de abril de 2020, la palabra «1382» se sustituye por la palabra «6.5».

Artículo 8

En el artículo 37, § 1, párrafo 3, del mismo Código, la palabra «1382» se sustituye por la palabra «6.5».

Artículo 9

En el artículo 43, § 1, párrafo 1, del mismo Código, sustituido por la Ley de 23 de abril de 2020 y modificado por la Ley de 30 de julio de 2022, la palabra «1382» se sustituye por la palabra «6.5».

Artículo 10

En el apartado 1 del artículo 49 del mismo Código, la palabra «1382» se sustituye por la palabra «6.5».

Artículo 11

En el primer párrafo del apartado 1 del artículo 51 del mismo Código, modificado por la ley de 20 de diciembre de 2021, la palabra «1382» se sustituye por la palabra «6.6».

Sección 4 (antigua Sección 5). Modificaciones del Código belga de navegación.

Artículo 12

En el artículo 2.3.1.19, párrafo 1, 6°, del Código belga de navegación, las palabras «1384, párrafo 3,» se sustituyen por la palabra «6.14».

Artículo 13

En el artículo 2.6.2.58, § 1, primer párrafo, del mismo Código, la palabra «1385» se sustituye por la palabra «6.17».

Artículo 14

En el artículo 3.3.1.2, § 1, 4º, del mismo Código, las palabras «1384, párrafo 3,» se sustituyen por la palabra «6.14».

Artículo 15

En el artículo 4.1.1.5 del mismo Código, la palabra «1384» se sustituye por la palabra «6.14».

Artículo 16

En el artículo 4.1.1.7 del mismo Código, insertado por la Ley de 16 de junio de 2021, la palabra «1384» se sustituye por la palabra «6.14».

Sección 5 (antigua sección 6). Modificaciones de diversas leyes.

Artículo 17 (antiguo artículo 18)

En el artículo 72, § 5, de la ley de 23 de julio de 1926 relativa a la SNCB y al personal de los Ferrocarriles Belgas, insertada por el Real Decreto de 11 de diciembre de 2013, las palabras «1384, tercer párrafo,» se sustituyen cada vez por la palabra «6.14».

Artículo 18 (antiguo artículo 19)

En el artículo 1 de la ley de 14 de febrero de 1935 por la que se establece la servidumbre de desmonte en los terrenos limítrofes con las líneas ferroviarias, las palabras «de los artículos 1382, 1383 y 1384» se sustituyen por las palabras «del Libro 6».

Artículo 19 (antiguo artículo 21)

En el párrafo 3 del artículo 3 de la ley de 15 de julio de 1960 relativa a la preservación moral de la juventud, la palabra «1384» se sustituye por la palabra «6.14».

Artículo 20 (antiguo artículo 22)

En el párrafo 2 del artículo 11 de la ley de 1 de julio de 1964 relativa a la protección social contra los anormales y los delincuentes habituales, las palabras «en el artículo 1386 bis» se sustituyen por las palabras «en el artículo 6.11».

Artículo 21 (antiguo artículo 23)

En los párrafos 3 y 6 del artículo 61 de la ley de 8 de abril de 1965 relativa a la protección de la juventud, a la tutela de los menores que hayan cometido un acto calificado de infracción y a la repa-

ración de los daños causados por este acto, modificada por las leyes de 15 de mayo de 2006 y de 13 de junio de 2006, las palabras «del artículo 1384» se sustituyen cada vez por las palabras «de los artículos 6.12, 6.13 y 6.14».

Artículo 22 (antiguo artículo 26)

En el párrafo 2 del artículo 11 de la Ley de 26 de junio de 1967 sobre el estatuto de los auxiliares del transporte de mercancías, la palabra «1384» se sustituye por la palabra «6.14».

Artículo 23 (antiguo artículo 27)

En el artículo 67 de la ley de 16 de marzo de 1968 relativa a la circulación por carretera, modificada por la ley de 14 de julio de 1976, las palabras «del artículo 1384» se sustituyen por las palabras «de los artículos 6.12, 6.13 y 6.14».

Artículo 24 (antiguo artículo 28)

En el artículo 2, § 4, de la Ley de 18 de febrero de 1969 sobre las medidas de ejecución de los tratados y actos internacionales relativos a los transportes por mar, carretera, ferrocarril o vía navegable, la palabra «1384» se sustituye por la palabra «6.14».

Artículo 25 (antiguo artículo 30)

En el artículo 1, § 2, de la ley de 12 de julio de 1976 relativa a la indemnización de determinados daños causados a la propiedad privada por catástrofes naturales, las palabras «de los artículos 1382 a 1386 bis» se sustituyen por las palabras «del libro 6».

Artículo 26 (antiguo artículo 31)

En el § 4 del artículo 21 de las Leyes consolidadas de 20 de febrero de 1980 sobre el estatuto de los objetores de conciencia, las palabras «1384, párrafo 3» se sustituyen por «6.14».

Artículo 27 (antiguo artículo 32)

En el artículo 7, § 2, 1º, de la Ley de 27 de febrero de 1987 sobre los subsidios para personas discapacitadas, sustituida por la Ley de 9 de julio de 2004, las palabras «los artículos 1382 y siguientes del Código Civil relativos a la responsabilidad civil» se sustituyen por las palabras «el Libro 6 del Código Civil».

Artículo 28 (antiguo artículo 33)

En el artículo 156 quáter, § 5, de la Ley de 21 de marzo de 1991 relativa a la reforma de determinadas empresas públicas de carácter económico, introducido por el Real Decreto de 11 de diciembre de 2013, las palabras «del artículo 1384, apartado 1» se sustituyen por las palabras «del artículo 6.16».

Artículo 29 (antiguo artículo 34)

En el artículo 37 quáter, § 2, párrafo 7, de la ley coordinada de 14 de julio de 1994 sobre el seguro obligatorio de asistencia sanitaria e indemnización, insertado por la ley de 22 de diciembre de 2003, la palabra «1384» se sustituye por la palabra «6,14».

Artículo 30 (antiguo artículo 35)

En el apartado 7 del artículo 168 de la misma ley, la palabra «1384» se sustituye por la palabra «6.14».

Artículo 31 (antiguo artículo 36)

En el apartado 1 del artículo 479-14 de la Ley programática (I) de 24 de diciembre de 2002, las palabras «no es aplicable el artículo 1384 del Código Civil» se sustituyen por las palabras «no se aplican los artículos 6.12 y 6.13 del Código Civil».

Artículo 32 (nuevo)

Queda derogado el artículo 3 de la Ley de 10 de febrero de 2003 relativa a la responsabilidad de y para los miembros del personal al servicio de las personas públicas.

Artículo 33 (antiguo artículo 39)

En el apartado 4 del artículo 15 de la ley de 28 de febrero de 2007 relativa al estatuto de los militares y los candidatos militares activos en las Fuerzas Armadas, las palabras «de los artículos 1382 y siguientes» se sustituyen por las palabras «del libro 6».

Artículo 34 (antiguo artículo 40)

En el artículo 161 de la ley de 15 de mayo de 2007 relativa a la seguridad civil, las palabras «en el artículo 1384» se sustituyen por las palabras «en los artículos 6.14 y 6.15».

Artículo 35 (antiguo artículo 41)

En el artículo 157, § 1, párrafo 1, de la Ley programática (I) de 29 de marzo de 2012, sustituida por la Ley de 23 de abril de 2020 y

modificada por la Ley de 30 de julio de 2022, la palabra «1382» se sustituye por la palabra «6.5».

Artículo 36 (antiguo artículo 42)

En el artículo 157/1, § 1, párrafo 1, de la misma ley, introducido por la ley de 23 de abril de 2020 y modificado por la ley de 30 de julio de 2022, la palabra «1382» se sustituye por la palabra «6.5».

Artículo 37

El artículo 151, apartado 2, de la Ley de 4 de abril de 2014, de seguros, se completa con un párrafo redactado en los siguientes términos:

«Para los contratos de seguro a que se refiere el artículo 1 del Real Decreto de 12 de enero de 1984 por el que se determinan las condiciones mínimas de garantía de los contratos de seguro de responsabilidad civil extracontractual relativos a la vida privada, no podrá oponerse al perjudicado un siniestro causado intencionadamente por un menor o derivado de su negligencia grave, según lo previsto en el artículo 62.».

Artículo 38 (antiguo artículo 43)

En el artículo 18, § 1, de la Ley de 5 de mayo de 2014 sobre el internamiento, la palabra «1386 bis» se sustituye por la palabra «6.11».

Artículo 39 (antiguo artículo 44)

En el artículo 28 de la Ley de 8 de mayo de 2014 que contiene diversas disposiciones relativas a la energía, por la que se modifica el artículo 15/1, § 3/1, apartado 1, de la Ley de 12 de abril de 1965 relativa al transporte de productos gaseosos y otros productos por canalización, las palabras «en los artículos 1382 y 1383» se sustituyen por las palabras «en el artículo 6.5».

Artículo 40 (antiguo artículo 46)

En el artículo 164 de la Ley de 26 de enero de 2021 sobre la desmaterialización de las relaciones entre la Hacienda Pública Federal, los ciudadanos, las personas jurídicas y determinados terceros, y por la que se modifican diversos códigos fiscales y leyes tributarias, por la que se modifica el apartado 1 del artí-

culo 49 del Código de cobro amistoso y forzoso de deudas fiscales y no fiscales, la palabra «1382» se sustituye por la palabra «6.5».

Sección 6 (antigua sección 7). Otras modificaciones.

Artículo 41 (antiguo artículo 47)

El Rey podrá sustituir las referencias en otras leyes o en decretos a las disposiciones derogadas por los artículos 44 y 45 por referencias a las disposiciones correspondientes del Libro 6 del Código Civil.

CAPÍTULO 4. DISPOSICIONES DEROGATORIAS.

Artículo 42 (antiguo artículo 48)

Quedan derogados los artículos 1382 a 1386 bis del antiguo Código Civil.

Artículo 43 (antiguo artículo 49)

Queda derogada la ley de 25 de febrero de 1991 relativa a la responsabilidad por productos defectuosos.

CAPÍTULO 5 DISPOSICIÓN TRANSITORIA.

Artículo 44 (antiguo artículo 50)

Las disposiciones del Libro 6 del Código Civil se aplican a los hechos susceptibles de generar responsabilidad que se produzcan después de la entrada en vigor de la presente ley.

No se aplican a los efectos futuros de los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la presente ley.

CAPÍTULO 6. ENTRADA EN VIGOR

Artículo 45 (antiguo artículo 51)

La presente ley entrará en vigor el primer día del sexto mes siguiente a su publicación en el Diario Oficial.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)», *Anuario de derecho civil*, 2007, pp. 621-848.
- Chambre des Représentants de Belgique: «Proposition de Loi Portant le Livre 6, «La responsabilité extracontractuelle» du Code Civil», 8 de marzo de 2023, DOC 55 3213/001, disponible en:
[HTTPS://WWW.LACHAMBRE.BE/FLWB/PDF/55/3213/55K3213001.PDF](https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/3213/55K3213001.PDF)
- COLSON, Pauline: «Chapitre 1. Les effets de la responsabilité et la réparation des dommages. Unité ou diversité des formes de réparation dans le projet belge», en *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique - Regards croisés et aspects de droit comparé* (dir. por B. Dubuisson), Bruselas, 2020, pp. 471-505.
- DANNEMANN, Gerhard; Schulze, Reiner: *German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch. Volume I: Books 1-3: §§ 1-1296*. Múnich, 2020.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro; MARTÍN CASALS, Miquel: «Libro VI. Responsabilidad extracontractual. Del capítulo 1 al capítulo 7», en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (coord. por C. Jerez Delgado), Madrid, 2015, pp. 313-332.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*. Cizur Menor, 2011.
- DUBUISSON, Bernard: «Faut-il réformer le Code civil (II)? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle », *Journal des tribunaux*, 6666/38, 2016, pp. 673-682.
- Le projet de réforme du Code civil belge face à la réforme du Code français - Morceaux choisis en droit comparé », *Revue des contrats*, 4, 2019, pp. 317-330.
- «The Projet de Réforme du Code Civil Belge and the Reform of the French Civil Code: A Comparison of Selected Topics», en *French Civil Liability in Comparative Perspective* (dir. por S. BORGHETTI y S. WHITTAKER), Oxford, 2020, pp. 397-424.
- European Group on Tort Law: *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Cizur Menor, 2008.
- GEORGE, Florence: «Vers une réforme du droit de la responsabilité civile?», en *Les grandes évolutions du droit des obligations* (coord. por F. George, B. Havet y A. Pütz), Limal, 2019, pp. 129-177.
- Chapitre 1. La réforme du droit de la responsabilité en Belgique. Examen général: réforme ou consolidation des acquis ? », en *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique - Regards croisés et aspects de droit comparé* (dir. por B. Dubuisson), Bruselas, 2020, pp. 13-61.
- GIESEN, Ivo; Keirse, Anne: «The Netherlands», en *European Tort Law: Basic Texts*, ed. por K. OLIPHANT y B. STEININGER), Viena, 2011, pp. 165-182.
- LEONARD, Thierry; MORTIER, Stéphanie: «Chapitre 1. Dommage et intérêt juridiquement protégé dans le projet belge», en *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique - Regards croisés et aspects de droit comparé* (dir. por B. DUBUISSON), Bruselas, 2020, pp. 403-427.

- LUTTE, Isabelle: Réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle. Commentaires. Limal, 2020.
- MARTÍN CASALS, Miquel: «La «modernización» del derecho de la responsabilidad extracontractual», en Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, (ed. por Asociación de Profesores de Derecho Civil), Murcia, 2011, pp. 11-120.
- OYARZÚN VARGAS, Felipe: «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español», *Revista Jurídica de La Universidad Autónoma de Madrid*, 43, 2021, pp. 119-147.
- PIERRE, Philippe: « Chapitre 5. La fonction normative de la responsabilité dans les projets français et belge », en *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique - Regards croisés et aspects de droit comparé* (dir. por B. Dubuisson), Bruselas, 2020, pp.111-123.

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. Competencia, Reconocimiento y Ley aplicable. Cooperación Judicial. Derecho de contratos. Derecho de consumo. Protección de datos personales. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de Familia. Derechos de las personas con discapacidad. Inteligencia Artificial.–II. *Procedimientos Jurisdiccionales*. Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Cooperación Judicial. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de la Competencia. Derecho de Sociedades. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y LEY APLICABLE

1. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (DO L 199 de 31.7.2007), DOUE, L, 2023/90080, de 8 de noviembre de 2023.**

COOPERACIÓN JUDICIAL

2. **Reglamento (UE) 2023/2844 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial, DOUE, L, 2023/2844, de 27 de diciembre de 2023.**

3. Directiva (UE) 2023/2843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, por la que se modifican las Directivas 2011/99/UE y 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2003/8/CE del Consejo y las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2003/577/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI, 2008/947/JAI, 2009/829/JAI y 2009/948/JAI del Consejo, en lo que respecta a la digitalización de la cooperación judicial, DOUE, L 2023/2843, de 27 de diciembre de 2023.
4. Decisión (UE) 2024/592 del Consejo, de 23 de enero de 2024, por la que se faculta a Francia para negociar un acuerdo bilateral con Argelia sobre cooperación judicial en materia civil de Derecho de familia, DOUE, L, 2024/592, de 16 de febrero de 2024.
5. Corrección de errores del Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas) (DO L 405 de 2.12.2020), DOUE, L, 2024/90158, de 7 de marzo de 2024.
6. Decisión (UE) 2024/788 de la Comisión, de 6 de marzo de 2024, por la que se confirma la participación de Irlanda en la Directiva (UE) 2023/2843 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2011/99/UE y 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2003/8/CE del Consejo y las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2003/577/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI, 2008/947/JAI, 2009/829/JAI y 2009/948/JAI del Consejo, en lo que respecta a la digitalización de la cooperación judicial, DOUE, L, 2024/788, de 8 de marzo de 2024.
7. Decisión (UE) 2024/789 de la Comisión, de 6 de marzo de 2024, por la que se confirma la participación de Irlanda en el Reglamento (UE) 2023/2844 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, DOUE, L, 2024/789, de 8 de marzo de 2024.

DERECHO DE CONTRATOS

8. Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE, DOUE, L, 2023/2225, de 30 de octubre de 2023.

DERECHO DE CONSUMO

9. Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE, DOUE, L, 2023/2673, de 28 de noviembre de 2023.

10. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 70/2021, de 5 de febrero de 2021, por la que se modifica el anexo XIX (Protección de los consumidores) del Acuerdo EEE [2024/53], DOUE, L, 2024/53, de 11 de enero de 2024.**
11. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 69/2021, de 5 de febrero de 2021, por la que se modifica el anexo XIX (Protección de los consumidores) del Acuerdo EEE [2024/56], DOUE, L, 2024/56, de 11 de enero de 2024.**
12. **Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información, DOUE, L, 2024/825, de 5 de marzo de 2024.**

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

13. **Directiva (UE) 2023/2123 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de octubre de 2023, por la que se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo en lo que respecta a su aproximación a las normas de la Unión sobre protección de datos de carácter personal, DOUE, L, 2023/2123, de 11 de octubre de 2023.**
14. **Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos), DOUE, L, 2023/2854, de 22 de diciembre de 2023.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

15. **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2023, sobre la adhesión de Ucrania al Convenio de 2 de julio de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en materia Civil o Mercantil (2023/2689(RSP)), DOUE, C/2024/489, de 23 de enero de 2024.**

DERECHO DE CONSUMO

16. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La publicidad a través de *influencers* y su impacto en los consumidores» (Dictamen exploratorio a petición de la Presidencia española), DOUE, C, núm. 349, de 29 de septiembre de 2023.**

17. Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 11 de mayo de 2023 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información (COM(2022)0143 – C9-0128/2022 – 2022/0092(COD)), DOUE, C/2023/1087, de 15 de diciembre de 2023.
18. Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – Paquete de protección de los consumidores, DOUE, C/2023/1330, de 22 de diciembre de 2023.

DERECHO DE CONTRATOS

19. P9_TA(2023)0354 Contratos de servicios financieros celebrados a distancia Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2023, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE (COM(2022)0204 – C9-0175/2022 – 2022/0147(COD)) P9_TC1-COD(2022)0147 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 5 de octubre de 2023 con vistas a la adopción de la Directiva (UE) 2023/... del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE, DOUE, C/2024/1203, de 23 de febrero de 2024.

DERECHO DE FAMILIA

20. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos» [COM(2023) 280 final – 2023/0169 (COD)] y sobre la «Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a determinados Estados miembros a convertirse en parte o seguir siéndolo, en interés de la Unión Europea, en el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre la protección internacional de los adultos» [COM(2023) 281 final], DOUE, C/2024/1581, de 5 de marzo de 2024.

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

21. Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2023, sobre la armonización de los derechos de las personas con autismo (2023/2728(RSP)), DOUE, C/2024/1181, de 23 de febrero de 2024.
22. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen la Tarjeta Europea de Discapacidad y la Tarjeta Europea de Estacionamiento para personas con discapacidad» [COM(2023) 512 final – 2023/0311 (COD)], DOUE, C/2024/1595, de 5 de marzo de 2024.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL

23. **Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión [COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)], DOUE, C/2024/506, de 23 de enero de 2024.**
24. **Decisión de la Comisión, de 24 de enero de 2024, por la que se crea la Oficina Europea de Inteligencia Artificial, DOUE, C/2024/1459, de 14 de febrero de 2024.**

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

25. **Asunto C-393/23, Athenian Brewery y Heineken: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) el 28 de junio de 2023 – Athenian Brewery SA, Heineken NV / Macedonian Thrace Brewery SA, DOUE, C/2023/115, de 16 de octubre de 2023.**
26. **Asunto C-832/21, Beverage City Polska: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de septiembre de 2023 (Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Beverage City & Lifestyle GmbH, MJ, Beverage City Polska Sp. z o.o., FE / Advance Magazine Publishers, Inc. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Competencias especiales – Artículo 8, punto 1 – Pluralidad de demandados – Demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulta oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo – Demandado de conexión – Marca de la Unión Europea – Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículos 122 y 125 – Acción por violación de una marca de la Unión dirigida contra varios demandados domiciliados en Estados miembros distintos – Competencia del órgano jurisdiccional del lugar del domicilio del administrador de una sociedad demandada – Competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción con respecto a los codemandados domiciliados fuera del Estado miembro del foro – Concepto de «relación tan estrecha» – Contrato de distribución exclusiva entre el proveedor y su cliente], DOUE, C/2023/191, de 23 de octubre de 2023.**
27. **Asunto C-494/23, Mahá: Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud (República Checa) el 3 de agosto de 2023 – QE, IJ / DP, EB, DOUE, C/2023/746, de 20 de noviembre de 2023.**

28. Asunto C-537/23, Societa Italiana Lastre: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 22 de agosto de 2023 – Societa Italiana Lastre SpA/Agora, DOUE, C/2023/956, de 27 de noviembre de 2023.
29. Asunto C-536/23, Mutua Madrileña Automovilista: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht München I (Alemania) el 22 de agosto de 2023 – Bundesrepublik Deutschland / Mutua Madrileña Automovilista, DOUE, C/2023/1128, de 4 de diciembre de 2023.
30. Asunto C-395/23, Anikovi: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayon en sad (Bulgaria) el 29 de junio de 2023 – E. M. A., E. M. A., M. I. A., DOUE, C/2024/529, de 8 de enero de 2024.
31. Asunto C-648/23, RSD Reise Service Deutschland: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Wiesbaden (Alemania) el 31 de octubre de 2023 – VB / RSD Reise Service Deutschland GmbH, DOUE, C/2024/1238, de 12 de febrero de 2024.

COOPERACIÓN JUDICIAL

32. Asunto C-590/21, Charles Taylor Adjusting: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 7 de septiembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Areios Pagos – Grecia) – Charles Taylor Adjusting Limited, FD / Starlight Shipping Company, Overseas Marine Enterprises INC [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de resoluciones procedentes de otro Estado miembro – Artículo 34 – Motivos de denegación – Violación del orden público de la Unión Europea y del orden público nacional – Concepto de «orden público» – Confianza mutua – Orden conminatoria que «casi» impide el recurso – Resoluciones por las que se impide el ejercicio del derecho a una tutela judicial o la continuación de los procedimientos incoados ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro], DOUE, C/2023/187, de 23 de octubre de 2023.
33. Asunto C-632/21, Diamond Resorts Europe y otros: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Granadilla de Abona – Santa Cruz de Tenerife) – JF, NS / Diamond Resorts Europe Limited (Sucursal en España), Diamond Resorts Spanish Sales, S. L., Sunterra Tenerife Sales, S. L. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 593/2008 – Ley aplicable a las obligaciones contractuales – Ámbito de aplicación – Contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles – Acción judicial que tiene por objeto que se declare la nulidad de dichos contratos – Partes nacionales del Reino Unido – Elección de la ley aplicable – Artículo 3 – Libertad de elección – Artículo 4,

apartado 1, letras b) y c) – Ley aplicable a falta de elección – Artículo 6 – Contratos de consumo – Límites], DOUE, C/2023/483, de 6 de noviembre de 2023.

34. Asunto C-821/21, Club La Costa y otros: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Fuengirola – Málaga) – NM / Club La Costa (UK) plc, sucursal en España, CLC Resort Management Ltd, Midmark 2 Ltd, CLC Resort Development Ltd, European Resorts & Hotels, S. L. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencias especiales – Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores – Artículo 18, apartado 1 – Concepto de «otra parte contratante» – Artículo 63 – Domicilio de una persona jurídica – Reglamento (CE) núm. 593/2008 – Ley aplicable a las obligaciones contractuales – Elección de la ley aplicable – Artículo 3 – Libertad de elección – Artículo 6 – Contratos de consumo – Límites – Contrato celebrado con un consumidor relativo a derechos de aprovechamiento por turno de viviendas turísticas mediante un sistema de puntos], DOUE, C/2023/485, de 6 de noviembre de 2023.
35. Asunto C-393/22, EXTÉRIA: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 14 de septiembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud – República Checa) – EXTÉRIA s.r.o. / Spravime, s.r.o. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia especial en materia contractual – Artículo 7, punto 1, letra b) – Concepto de contrato de «prestación de servicios» – Rescisión de un precontrato relativo a la futura celebración de un contrato de franquicia], DOUE, C/2023/492, de 6 de noviembre de 2023.
36. Asunto C-21/22, OP (Elección de la ley de un Estado tercero para la sucesión): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de octubre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Opolu – Polonia) – OP / Notariusz Justyna Gawlica [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Ley nacional aplicable en materia de sucesiones – Reglamento (UE) núm. 650/2012 – Artículo 22 – Cláusula de elección de la ley – Ambito de aplicación personal – Nacional de un tercer Estado – Artículo 75 – Relaciones con convenios internacionales vigentes – Convenio Bilateral entre la República de Polonia y Ucrania], DOUE, C/2023/932, de 27 de noviembre de 2023.
37. Asunto C-497/22, Roompot Service: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de noviembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf – Alemania) – EM / Roompot Service BV [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 –

Competencias exclusivas – Artículo 24, punto 1, párrafo primero – Litigios en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles – Contrato que tiene por objeto la cesión del uso de corta duración de un bungalow situado en un complejo vacacional celebrado entre un particular y un profesional del turismo que explota dicho complejo], DOUE, C/2024/526, de 8 de enero de 2024.

DERECHO DE CONSUMO

38. **Asunto C-346/23, Banco Santander: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 1 de junio de 2023 – Banco Santander SA/ Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales-Auge, en representación de sus asociados Andrea y Alberto, DOUE, C, núm. 329, de 18 de septiembre de 2023.**
39. **Asunto C-330/23, Aldi Süd: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 25 de mayo de 2023 – Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e. V. / Aldi Süd Dienstleistungs-SE & Co. OHG, DOUE, C, núm. 338, de 25 de septiembre de 2023.**
40. **Asunto C-428/23, ROGON y otros: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 11 de julio de 2023 – ROGON GmbH & Co. KG, MVI Management GmbH y DC / Deutscher Fußballbund e. V. (DFB), DOUE, C/2023/119, de 16 de octubre de 2023.**
41. **Asunto C-426/23, Financiar Bulgaria: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 11 de julio de 2023 – D. D., B. Zh./«Financiar Bulgaria» EOOD, DOUE, C/2023/202, de 23 de octubre de 2023.**
42. **Asunto C-351/23, GR REAL: Petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský súd v Prešove (Eslovaquia) el 6 de junio de 2023 – GR REAL s. r. o./PO y RT, DOUE, C/2023/308, de 30 de octubre de 2023.**
43. **Asunto C-409/23, Arvato Finance: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) el 4 de julio 2023 – Arvato Finance BV / MI, DOUE, C/2023/495, de 6 de noviembre de 2023.**
44. **Asunto C-133/22, LACD: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de septiembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – LACD GmbH / BB Sport GmbH & Co. KG [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículo 2, punto 14 – Directiva (UE) 2019/771 – Artículo 2, punto 12 – Garantía comercial – Especificaciones o cualquier otro elemento no relacionado con la conformidad del bien vendido, enunciados en el documento de garantía o en la publicidad correspondiente – Compromiso de un garante relativo a la satisfacción del consumidor con**

el bien adquirido – Comprobación de la insatisfacción de dicho consumidor], DOUE, C/2023/627, de 13 de noviembre de 2023.

45. Asunto C-139/22, mBank (Registro polaco de cláusulas ilícitas): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 21 de septiembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie – Polonia) – AM, PM / mBank S. A. (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera – Criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula de conversión – Registro nacional de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas – Obligación de información), DOUE, C/2023/628, de 13 de noviembre de 2023.
46. Asunto C-565/22, Sofatutor: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 5 de octubre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Verein für Konsumenteninformation / Sofatutor GmbH (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Derechos de los consumidores – Suscripción de un consumidor a una plataforma de aprendizaje – Prórroga automática del contrato – Derecho de desistimiento), DOUE, C/2023/734, de 20 de noviembre de 2023.
47. Asunto C-25/23, Princess Holdings: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 5 de octubre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por la Qorti tal-Maġistrati fil qasam ċivili – Malta) – AL / Princess Holdings (Procedimiento prejudicial – Artículos 53, apartado 2, 94, letras b) y c), y 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Letras de cambio – Obligación de exponer el contexto normativo del litigio principal – Obligación de indicar las razones que justifican la necesidad de una respuesta del Tribunal de Justicia – Inadmisibilidad manifiesta parcial – Falta de competencia del juez que sustancia la ejecución y que conoce de una oposición para apreciar, de oficio o a instancia del consumidor afectado, el carácter abusivo de las cláusulas del contrato celebrado por ese consumidor con un profesional y que constituyen el fundamento de la emisión de las letras de cambio cuyo valor de título ejecutivo se impugna), DOUE, C/2023/736, de 20 de noviembre de 2023.
48. Asunto C-438/23, Protéines France y otros: Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d’État (Francia) el 13 de julio de 2023 – Association Protéines France y otros / Ministre de l’Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, DOUE, C/2023/744, de 20 de noviembre de 2023.
49. Asunto C-326/22, Z. (Derecho a obtener un duplicado del contrato de crédito): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 12 de octubre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie – Polonia) – Z. sp. z o.o. /

A. S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Contratos de crédito al consumo – Directiva 2008/48/CE – Artículo 16, apartado 1 – Derechos y obligaciones contractuales – Reembolso anticipado – Reducción del coste total del crédito al consumo – Pérdida de un ejemplar del contrato – Derecho a obtener del prestamista un duplicado del contrato), DOUE, C/2023/937, de 27 de noviembre de 2023.

50. **Asunto C-645/22, Luminor Bank: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 12 de octubre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas – Lituania) – R. A. y otros / «Luminor Bank AS», que actúa a través de «Luminor Bank AS» Lietuvos skyrius (Procedimiento prejudicial – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula – Intención del consumidor de que se mantenga el contrato modificando las cláusulas declaradas abusivas – Facultades del juez nacional), DOUE, C/2023/939, de 27 de noviembre de 2023.**
51. **Asunto C-565/23, Cofidis Magyarországi Fióktelepe: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Hungría) el 14 de septiembre de 2023 – AF / Cofidis Magyarországi Fióktelepe, DOUE, C/2023/958, de 27 de noviembre de 2023.**
52. **Asunto C-117/23, Eurobank Bulgaria: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 18 de octubre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Apelativen sad – Sofia – Bulgaria) – VU, IT / EUROBANK BULGARIA (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Artículo 3, apartado 1, y artículo 4, apartado 2 – Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Redacción clara y comprensible de una cláusula contractual – Contrato de crédito denominado en divisa extranjera – Cláusula que hace recaer enteramente sobre el consumidor el riesgo de tipo de cambio – Ventaja no expresamente pactada a favor de la entidad de crédito derivada de la conversión, en la moneda de pago, del importe del préstamo denominado en moneda de cuenta – Artículo 6 – Consecuencias de la declaración del carácter abusivo de una cláusula), DOUE, C/2023/1119, de 4 de diciembre de 2023.**
53. **Asunto C-300/23, Kutxabank: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Donostia – San Sebastián (España) el 10 de mayo de 2023 – NB / Kutxabank, SA, DOUE, C/2023/1121, de 4 de diciembre de 2023.**
54. **Asunto C-582/23, Wiszkie: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (Polonia) el 20 de septiembre de 2023 – R. S., DOUE, C/2024/406, de 3 de enero 2024.**

55. Asunto C-598/21, *Všeobecná úverová banka*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de noviembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Krajský súd v Prešove – Eslovaquia*) – SP, CI / *Všeobecná úverová banka a.s.* (Procedimiento prejudicial – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de crédito al consumo – Directiva 93/13/CEE – Artículo 1, apartado 2 – Cláusula que refleja una disposición legal imperativa – Artículos 3, apartado 1, 4, apartado 1, 6, apartado 1 y 7, apartado 1 – Cláusula de vencimiento anticipado – Control jurisdiccional – Proporcionalidad en relación con los incumplimientos contractuales del consumidor – Artículos 7 y 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Contrato asegurado mediante una garantía real sobre un bien inmueble – Venta extrajudicial de la vivienda del consumidor), DOUE, C/2024/444, de 3 de enero de 2024.
56. Asunto C-177/23, *Investcapital*: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 8 de noviembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Tribunalul Specializat Mureș – Rumanía*) – *Investcapital Ltd / XF, KJ* (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Respuesta que puede deducirse claramente de la jurisprudencia – Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con consumidores – Ámbito de aplicación – Artículo 1, apartado 2 – Cláusulas contractuales que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas – Cláusula que refleja una disposición legal imperativa nacional que reconoce a un profesional el derecho a ceder créditos nacidos de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor sin el consentimiento de este último), DOUE, C/2024/458, de 3 de enero de 2024.
57. Asunto C-321/22, *Provident Polska*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 23 de noviembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie – Polonia*) – ZL, KU, KM / *Provident Polska S. A.* (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de crédito al consumo – Artículo 3, apartado 1 – Desequilibrio importante – Costes del crédito no correspondientes a intereses – Artículo 7, apartado 1 – Acción declarativa – Interés en ejercitar la acción – Artículo 6, apartado 1 – Declaración del carácter abusivo de una cláusula – Consecuencias), DOUE, C/2024/609, de 15 de enero de 2024.
58. Asunto C-324/23, *Myszak*: Petición de decisión prejudicial planteada por el *Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia)* el 25 de mayo de 2023 – OF, EL, RI / *M. K.*, administrador concursal de *Getin Noble Bank S. A. w upadłości* (anteriormente *Getin Noble Bank S. A.*), DOUE, C/2024/619, de 15 de enero de 2024.
59. Asunto C-628/23: Petición de decisión prejudicial planteada por el *Budapest Környéki Törvényszék (Hungria)* el 16 de octubre de 2023 – YG y NI / *AXA Bank Europe SA* y otros, DOUE, C/2024/628, de 15 de enero de 2024.

60. **Asunto C-630/23, AxFina Hungary: Petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria (Hungría) el 17 de octubre de 2023 – ZH y KN / AxFina Hungary Zrt., DOUE, C/2024/629, de 15 de enero de 2024.**
61. **Asunto C-140/22, mBank (Declaración del consumidor): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 7 de diciembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie – Polonia) – SM, KM / mBank S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1 – Efectos de la constatación del carácter abusivo de una cláusula – Contrato de préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera que contiene cláusulas abusivas relativas al tipo de cambio – Nulidad de dicho contrato – Acciones de devolución de cantidades – Intereses legales – Plazo de prescripción), DOUE, C/2024/919, de 29 de enero de 2024.**
62. **Asunto C-28/22, Getin Noble Bank (Plazo de prescripción de las acciones de restitución): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 14 de diciembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – TL, WE / Administrador concursal de Getin Noble Bank S. A., anteriormente Getin Noble Bank S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1 – Efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula – Contrato de préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera que contiene cláusulas abusivas relativas al tipo de cambio – Nulidad de dicho contrato – Acciones de restitución – Plazo de prescripción), DOUE, C/2024/1069, de 5 de febrero de 2024.**
63. **Asunto C-231/23, Eurobank Bulgaria: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 18 de diciembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad – Bulgaria) – Eurobank Bulgaria AD (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Respuesta que puede deducirse claramente de la jurisprudencia – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas – Directiva 93/13/CEE – Demanda de un profesional relativa a parte de un crédito fundado en un contrato celebrado con un consumidor – Sentencia por la que se estima esa demanda y se confirma la validez del contrato entero – Procedimiento anterior relativo a otra parte de ese crédito – Fuerza de cosa juzgada), DOUE, C/2024/1233, de 12 de febrero de 2024.**
64. **Asunto C-371/22, G (Gastos de resolución anticipada): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – G sp. z o.o. / W S. A. (Procedimiento prejudicial – Mercado interior de la electricidad – Directiva 2009/72/CE –**

Artículo 3, apartados 5 y 7 – Protección de los consumidores – Derecho a cambiar de suministrador – Cliente no doméstico – Contrato de suministro de electricidad de duración determinada y precio fijo celebrado con una pequeña empresa – Penalización contractual por resolución anticipada – Normativa nacional que limita el importe de esa penalización a los «costes e indemnizaciones derivados del contenido del contrato»), DOUE, C/2024/1506, de 26 de febrero de 2024.

65. **Asunto C-755/22, Nárokuj: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Okresní soud Praha-západ – República Checa) – Nárokuj s.r.o. / EC Financial Services, a.s. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2008/48/CE – Contratos de crédito al consumo – Artículo 8 – Obligación del prestamista de comprobar la solvencia del consumidor – Regularización de un incumplimiento por el cumplimiento íntegro del contrato de crédito – Artículo 23 – Sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias – Nulidad del contrato de crédito y pérdida del derecho del prestamista al pago de los intereses pactados – Ausencia de consecuencias perjudiciales para el consumidor – Responsabilización de los prestamistas y prevención de prácticas irresponsables en la concesión de créditos al consumo)**, DOUE, C/2024/1513, de 26 de febrero de 2024.
66. **Asunto C-531/22, Getin Noble Bank y otros (Control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 18 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie – Polonia) – Getin Noble Bank S. A., TF, C2, PI / TL (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículo 3, apartado 1 – Artículo 6, apartado 1 – Artículo 7, apartado 1 – Artículo 8 – Título ejecutivo que ha adquirido fuerza de cosa juzgada – Facultad del juez de examinar de oficio el eventual carácter abusivo de una cláusula en el marco de la supervisión de un procedimiento de ejecución forzosa – Registro nacional de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas – Cláusulas distintas de las que figuran en dicho registro por su tenor, pero que tienen el mismo alcance y producen los mismos efectos)**, DOUE, C/2024/1659, de 4 de marzo de 2024.
67. **Asuntos acumulados C-38/21, C-47/21 y C-232/21, BMW Bank y otros: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2023 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Landgericht Ravensburg – Alemania) – VK (C-38/21), F. F. (C-47/21), CR, AY, ML y BQ (C-232/21) / BMW Bank GmbH (C-38/21), C. Bank AG (C-47/21), Volkswagen Bank GmbH y Audi Bank (C-232/21) [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Contrato de leasing de un automóvil sin obligación de compra – Directiva 2008/48/CE – Artículo 2, apartado 2, letra d) – Concepto de contrato de arrendamiento financiero sin obligación de compra del objeto del contrato – Directiva 2002/65/CE – Artículos 1, apartado 1, y 2, letra b) – Concepto de contrato de servicios**

financieros – Directiva 2011/83/UE – Artículos 2, punto 6, y 3, apartado 1 – Concepto de contrato de servicios – Artículo 2, punto 7 – Concepto de contrato a distancia – Artículo 2, punto 8 – Concepto de contrato celebrado fuera del establecimiento – Artículo 16, letra l) – Excepción al derecho de desistimiento en relación con la prestación de servicios de alquiler de automóviles – Contrato de crédito destinado a la adquisición de un automóvil – Directiva 2008/48 – Artículo 10, apartado 2 – Requisitos relativos a la información que debe mencionarse en el contrato – Presunción de cumplimiento de la obligación de información en caso de recurrir a un modelo de información previsto en la normativa – Inexistencia de efecto directo horizontal de una directiva – Artículo 14, apartado 1 – Derecho de desistimiento – Inicio del plazo de desistimiento en caso de información incompleta o incorrecta – Ejercicio abusivo del derecho de desistimiento – Caducidad del derecho de desistimiento – Obligación de restitución previa del vehículo en caso de ejercer el derecho de desistimiento en relación con un contrato de crédito vinculado], DOUE, C/2024/1818, de 11 de marzo de 2024.

68. Asuntos acumulados C-810/21 à C-813/21, Caixabank (Prescripción del reembolso de los gastos hipotecarios): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 25 de enero de 2024 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona) – Caixabank, S. A., anteriormente Bankia, S. A. (C-810/21), Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. (C-811/21), Banco Santander, S. A. (C-812/21), OK, PI (C-813/21) / WE, XA (C-810/21), TB, UK (C-811/21), OG (C-812/21), Banco Sabadell, S. A. (C-813/21) (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Gastos derivados de la formalización del contrato de préstamo hipotecario – Restitución de las cantidades pagadas con arreglo a una cláusula declarada abusiva – Inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria), DOUE, C/2024/1819, de 11 de marzo de 2024.

DERECHO DE CONTRATOS

69. Asunto C-405/23, Touristic Aviation Services: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Köln (Alemania) el 3 de julio de 2023 – Touristic Aviation Services Limited/flightright GmbH, DOUE, C, núm. 329, de 18 de septiembre de 2023.
70. Asunto C-526/23, VariusSystems: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 17 de agosto de 2023 – VariusSystems digital solutions GmbH / GR InhaberIn B & G, DOUE, C/2023/127, de 16 de octubre de 2023.
71. Asunto C-83/22, Tuk Tuk Travel: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena – Murcia) – RTG / Tuk Tuk Travel, S. L. [Procedimiento prejudicial – Directiva (UE) 2015/2302 – Artículo 5 – Viajes

combinados y servicios de viaje vinculados – Resolución de un contrato de viaje combinado – Circunstancias inevitables y extraordinarias – Pandemia de COVID-19 – Derecho de resolución – Pretensión de reembolso completo – Obligación de información que incumbe al organizador de viajes – Artículo 12 – Aplicación de los principios de justicia rogada y de congruencia consagrados en el Derecho nacional – Protección efectiva del consumidor – Examen de oficio por el juez nacional – Condiciones], DOUE, C/2023/488, de 6 de noviembre de 2023.

72. **Asunto C-502/23, Iberia: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 7 de agosto de 2023 – MC / Iberia, Líneas Aéreas de España, S. A. Operadora Unipersonal, DOUE, C/2023/639, de 13 de noviembre de 2023.**
73. **Asunto C-616/23, British Airways: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 6 de octubre de 2023 – TA y otros / British Airways plc, DOUE, C/2024/626, de 15 de enero de 2024.**
74. **Asunto C-612/23, Verbraucherzentrale Berlin: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 6 de octubre de 2023 – Verbraucherzentrale Berlin eV / Vodafone GmbH, DOUE, C/2024/708, de 22 de enero de 2024.**
75. **Asunto C-642/23, flightright: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 26 de octubre de 2023 – flightright GmbH / Etihad Airways P. J. S. C., DOUE, C/2024/936, de 29 de enero de 2024.**
76. **Asunto C-716/23, Skycop.com: Petición de decisión prejudicial planteada por el Vilniaus apygardos teismas (Lituania) el 27 noviembre 2023 – Skycop.com UAB / Ryanair DAC, DOUE, C/2024/1087, de 5 de febrero de 2024.**
77. **Asunto C-650/23, Hembesler: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Korneuburg (Austria) el 31 de octubre de 2023 – E EAD/DW, DOUE, C/2024/1239, de 12 de febrero de 2024.**
78. **Asunto C-667/23, Volkswagen: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg (Alemania) el 9 de noviembre de 2023 – Gruß Verwaltungs-GmbH y otros / Volkswagen AG, DOUE, C/2024/1243, de 12 de febrero de 2024.**
79. **Asunto C-666/23, Volkswagen: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg (Alemania) el 9 de noviembre de 2023 – EL y otros / Volkswagen AG, DOUE, C/2024/1393, de 19 de febrero de 2024.**
80. **Asunto C-668/23, Volkswagen: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg (Alemania) el 13 de noviembre de 2023 – YH y otros / Volkswagen AG, DOUE, C/2024/1394, de 19 de febrero de 2024.**

81. **Asunto C-705/23, Condor Flugdienst: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 17 de noviembre de 2023 – Flightright GmbH / Condor Flugdienst GmbH, DOUE, C/2024/1519, de 26 de febrero de 2024.**
82. **Asunto C-663/23, Etihad Airways: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 9 de noviembre de 2023 – UW / Etihad Airways P. J. S. C., DOUE, C/2024/1670, de 4 de marzo de 2024.**
83. **Asunto C-725/23, Tusnia: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy Katowic-Wschód w Katowicach (Polonia) el 27 de noviembre de 2023 – M. sp. z o.o. I. SKA / R. W., DOUE, C/2024/1672, de 4 de marzo de 2024.**
84. **Asunto C-54/23, Laudamotion y Ryanair: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – WY / Laudamotion GmbH, Ryanair DAC [Procedimiento prejudicial – Transportes aéreos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 5, apartado 1 – Artículo 7, apartado 1 – Compensación a los pasajeros aéreos en caso de gran retraso de un vuelo – Pérdida de tiempo – Vuelo de sustitución reservado por el propio pasajero – Pasajero que ha llegado al destino final con menos de tres horas de retraso con respecto a la hora de llegada inicialmente prevista – Inexistencia de compensación], DOUE, C/2024/1829, de 11 de marzo de 2024.**
85. **Asunto C-687/23, Banco Santander: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 15 de noviembre de 2023 – D. E. / Banco Santander, SA, DOUE, C/2024/1837, de 11 de marzo de 2024.**
86. **Asunto C-7/24, Deutsche Rentenversicherung Nord y BG Verkehr: Petición de decisión prejudicial planteada por el Retten i Svendborg (Dinamarca) el 4 de enero de 2024 – Deutsche Rentenversicherung Nord, BG Verkehr / Gjensidige Forsikring, dansk filial af Gjensidige Forsikring ASA, Norge en representación de Marius Pedersen A/S y Gjensidige Forsikring, dansk filial af Gjensidige Forsikring ASA, Norge, DOUE, C/2024/1847, de 11 de marzo de 2024.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

87. **Asunto C-510/23, Trenitalia: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italia) el 8 de agosto de 2023 – Trenitalia SpA / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, DOUE, C/2023/206, de 23 de octubre de 2023.**
88. **Asunto C-518/23, NEW Niederrhein Energie und Wasser: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 10 de agosto de 2023– Bundesverband der Verbraucherzen-**

tralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. / NEW Niederrhein Energie und Wasser GmbH, DOUE, C/2023/641, de 13 de noviembre de 2023.

89. Asunto T-172/21: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2023 – Valve/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los videojuegos para PC – Plataforma – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Restricción de las importaciones paralelas – Conceptos de «acuerdo» y de «práctica concertada» – Restricción de la competencia por el objeto – Derechos de autor»), DOUE, C/2023/764, de 20 de noviembre de 2023.
90. Asunto C-606/23, Tallinna Kaubamaja Grupp y KIA Auto: Petición de decisión prejudicial planteada por la Administratīvā apgabaltiesa (Letonia) el 4 de octubre de 2023 – AS Tallinna Kaubamaja Grupp, AS KIA Auto / Konkurences padome, DOUE, C/2023/1437, de 18 de diciembre de 2023.
91. Asunto C-746/21 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de noviembre de 2023 – Altice Group Lux Sàrl, anteriormente New Altice Europe BV, en liquidación / Comisión Europea y Consejo de la Unión Europea [Recurso de casación – Competencia – Control de las operaciones de concentración entre empresas – Reglamento (CE) núm. 139/2004 – Excepción de ilegalidad – Artículo 4, apartado 1 – Obligación de notificación previa de las concentraciones – Artículo 7, apartado 1 – Obligación de suspensión de las concentraciones – Ámbito de aplicación – Concepto de «ejecución» de una concentración – Artículo 14, apartado 2 – Decisión por la que se imponen multas por la ejecución de una operación de concentración antes de su notificación y su autorización – Obligación de motivación – Principio de proporcionalidad – Competencia jurisdiccional plena], DOUE, C/2024/441, de 3 de enero de 2024.
92. Asunto C-438/22, Em akaunt BG: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 25 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad – Bulgaria) – Em akaunt BG EOOD / Zastrahovatelno aktsionerno druzhestvo Armeets AD [Procedimiento prejudicial – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE – Fijación, por parte de una organización profesional de abogados, de los importes mínimos de los honorarios – Decisión de asociación de empresas – Prohibición a un órgano jurisdiccional de ordenar el reembolso de honorarios por un importe inferior a tales importes mínimos – Restricción de la competencia – Justificaciones – Objetivos legítimos – Calidad de los servicios prestados por abogados – Aplicación de la sentencia de 23 de noviembre de 2017, CHEZ Elektro Bulgaria y FrontEx International (C-427/16 y C-428/16, EU: C:2017:890) – Invocabilidad de la jurisprudencia Wouters ante una restricción de la competencia por el objeto], DOUE, C/2024/1825, de 11 de marzo de 2024.

DERECHO DE SOCIEDADES

93. **Asunto C-625/23, Società Agricola Circe: Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Italia) el 12 de octubre de 2023 – Società Agricola Circe di OL Società Semplice / ST, en nombre propio y como socio de la sociedad unipersonal Agricola Case Rosse di ST, Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (AGEA), DOUE, C/2024/627, de 15 de enero de 2024.**
94. **Asunto C-643/23, Agenciart – Management Artístico: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal) el 26 de octubre de 2023 – Agenciart – Management Artístico, Sociedade Unipessoal, Lda. / CT, DOUE, C/2024/1237, de 12 de febrero de 2024.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

95. **Asunto C-437/23, LEGO Juris: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Hungría) el 13 de julio de 2023– LEGO Juris A/S / Pozitív Energiaforrás Kft., DOUE, C, núm. 329, de 18 de septiembre de 2023.**
96. **Asunto T-694/21: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2023 – aTmos Industrielle Lüftungstechnik/EUIPO – aTmos Industrielle Lüftungstechnik (aTmos) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión aTmos – Nombres comerciales nacionales anteriores aTmos Industrielle Lüftungstechnik GmbH y aTmos – Causa de nulidad relativa – Artículos 53, apartado 1, letra c), y 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 60, apartado 1, letra c), y 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Examen de oficio de los hechos – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 329, de 18 de septiembre de 2023.**
97. **Asunto T-261/22: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2023 – mBank/EUIPO – European Merchant Bank (EMBank European Merchant Bank) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión EMBANK European Merchant Bank – Marca figurativa anterior de la Unión mBank – Marca nacional denominativa anterior mBank – Causa de nulidad relativa – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Documento presentado por primera vez ante la Sala de Recurso»], DOUE, C, núm. 329, de 18 de septiembre de 2023.**
98. **Asunto T-325/22: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2023 – Nurel/EUIPO – FKUR Property (Terylene) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Terylene – Marca denominativa anterior de la Unión TERRALENE – Motivo de denegación relativo – Ries-**

go de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior – Prueba del uso efectivo», DOUE, C, núm. 329, de 18 de septiembre de 2023.

99. Asunto T-585/22: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2023 – Trus/EUIPO – Unilab (ARTRESAN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión ARTRESAN – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 329, de 18 de septiembre de 2023.
100. Asunto T-662/22: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2023 – Tavitova/EUIPO – Cordier (AURUS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión AURUS – Registro internacional de la marca denominativa anterior AUDUS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 329, de 18 de septiembre de 2023.
101. Asunto T-772/22: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2023 – Fibrecycle/EUIPO (BACK-2-NATURE) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa BACK-2-NATURE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 329, de 18 de septiembre de 2023.
102. Asunto T-109/22: Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023 – Schneider/EUIPO – Frutaria Innovation (frutania) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión frutania – Marca figurativa anterior de la Unión Frutaria – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 338, de 25 de septiembre de 2023.
103. Asunto T-315/22: Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023 – Yayla Türk/EUIPO – Marmara Import-Export (Sütat) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Sütat – Causa de nulidad absoluta – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Derecho a ser oído», DOUE, C, núm. 338, de 25 de septiembre de 2023.
104. Asunto T-434/22: Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023 – Topas/EUIPO – Tarczy ski (VEGE STORY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VEGE STORY – Marca denominativa anterior de la Unión végé’ – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra

- b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 338, de 25 de septiembre de 2023.
105. Asunto T-663/22: Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023 – Mood Media Netherlands/EUIPO – Tailoradio (RADIO MOOD In-store Radio, made easy) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión RADIO MOOD In-store Radio, made easy – Marca figurativa anterior de la Unión MOOD: MIX – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 338, de 25 de septiembre de 2023.
 106. Asunto T-664/22: Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023 – Mood Media Netherlands/EUIPO – Tailoradio (VIDEO MOOD Digital Signage, made easy) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión VIDEO MOOD Digital Signage, made easy – Marca figurativa anterior de la Unión MOOD: MIX – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 338, de 25 de septiembre de 2023.
 107. Asuntos acumulados T-562/21 y T-590/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023 – Worldwide Brands y Guangdong Camel Apparel/EUIPO – Guangdong Camel Apparel y Worldwide Brands (CAMEL CROWN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CAMEL CROWN – Registro internacional de la marca figurativa anterior camel active – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/129, de 16 de octubre de 2023.
 108. Asunto T-591/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023 – Apart/EUIPO – S. Tous (Representación de la silueta de un oso) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa la silueta de un oso – Causa de nulidad absoluta – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C/2023/130, de 16 de octubre de 2023.
 109. Asunto T-638/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023 – Apart/EUIPO – S. Tous (Representación de la silueta de un oso) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión que representa la silueta de un oso – Caducidad parcial – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE)

2017/1001] – Prueba del uso efectivo»], DOUE, C/2023/131, de 16 de octubre de 2023.

110. **Asunto T-745/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023 – Rotkäppchen-Mumm Sektkellereien/EUIPO – Cantina San Donaci (Passo Lungo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Passo Lungo – Marca nacional denominativa anterior Doppio Passo – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2023/132, de 16 de octubre de 2023.**
111. **Asunto T-67/22: Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023 – Guma Holdings/EUIPO – XTB (XTRADE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa XTRADE – 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] – Pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2023/133, de 16 de octubre de 2023.**
112. **Asunto T-22/23: Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023 – Markt-Pilot/EUIPO (MARKT-PILOT) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión MARKT-PILOT – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/136, de 1 de octubre de 2023.**
113. **Asunto T-439/22: Sentencia del Tribunal General de 26 de julio de 2023 – Rada Perfumery/EUIPO – Prada (RADA PERFUMES) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión RADA PERFUMES – Marcas figurativas anteriores de la Unión PRADA – Marca figurativa anterior de la Unión PRADA MILANO DAL 1913 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/215, de 23 de octubre de 2023.**
114. **Asunto T-786/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – Team Beverage/EUIPO (TEAM BUSINESS IT DATEN – PROZESSE – SYSTEME) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión TEAM BUSINESS IT DATEN – PROZESSE – SYSTEME – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2017/2001»], DOUE, C/2023/315, de 30 de octubre de 2023.**
115. **Asunto T-107/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – Adegas Ponte da Boga/EUIPO – Viñedos y Bodegas Dominio de Tares (P3 DOMINIO DE TARES) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de**

la Unión P3 DOMINIO DE TARES – Marca nacional figurativa anterior P PONTE DA BOGA – Causa de nulidad relativa – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C/2023/316, de 30 de octubre de 2023.

116. Asunto T-276/22: Sentencia del Tribunal General de 6 septiembre de 2023 – Groz-Beckert/EUIPO (Posición de los colores blanco, rojo y verde oscuro en un envase en forma de paralelepípedo) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca de la Unión consistente en la colocación de los colores blanco, rojo y verde oscuro en un envase en forma de paralelepípedo – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2023/321, de 30 de octubre de 2023.
117. Asunto T-277/22: Sentencia del Tribunal General de 6 septiembre de 2023 – Groz-Beckert/EUIPO (Posición de los colores rojo y blanco en un envase en forma de paralelepípedo) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca de la Unión consistente en la colocación de los colores rojo y blanco en un envase en forma de paralelepípedo – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2023/322, de 30 de octubre de 2023.
118. Asunto T-350/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – adp Merkur/EUIPO – Play’n GO Marks (GAME OF GLADIATORS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GAME OF GLADIATORS – Marca denominativa anterior de la Unión Gladiator – 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/2023/325, de 30 de octubre de 2023.
119. Asunto T-377/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – Cayago Tec/EUIPO – iAqua (Shenzhen) (Moto acuática, lancha motora) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una moto acuática o una embarcación – Dibujos o modelos comunitarios anteriores – Motivos de nulidad – Requisitos de protección – Carácter singular – Artículos 4, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Grado de libertad del autor – Impresión general – Procedimientos judiciales nacionales – Dictamen pericial»], DOUE, C/2023/328, de 30 de octubre de 2023.
120. Asunto T-425/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – Kalypso Media Group/EUIPO (COMMANDOS)

- [«**Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión COMMANDOS – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001**»], DOUE, C/2023/329, de 30 de octubre de 2023.
121. **Asunto T-557/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – Chmielarz/EUIPO – Granulat (granulat)** [«**Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión granulat – Registro internacional de la marca figurativa anterior GRANULAT2000 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001**»], DOUE, C/2023/330, de 30 de octubre de 2023.
122. **Asunto T-576/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – Bora Creations/EUIPO – True Skincare (TRUE SKIN)** [«**Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión TRUE SKIN – Marca figurativa anterior de la Unión TRUE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001**»], DOUE, C/2023/331, de 30 de octubre de 2023.
123. **Asunto T-601/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – Consultora de Telecomunicaciones Optiva Media/EUIPO – Optiva Canada (OPTIVA MEDIA)** [«**Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión OPTIVA MEDIA – Uso efectivo de la marca – Artículos 18, apartado 1, y 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo – Apreciación de las pruebas**»], DOUE, C/2023/332, de 30 de octubre de 2023.
124. **Asunto T-728/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – Industrias Lácteas Asturianas/EUIPO – Qingdao United Dairy (NAMLAC)** [«**Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión NAMLAC – Marca figurativa española anterior Analac – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001**»], DOUE, C/2023/333, de 30 de octubre de 2023.
125. **Asunto T-774/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – DPG Deutsche Pfandsystem/EUIPO – Užstato sistemos administratorius (Representación de la silueta de una botella y una flecha)** [«**Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa la silueta de una botella y una flecha – Marca figurativa anterior de la Unión que representa las siluetas de una lata y de una botella y una flecha – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, aparta-**

- do 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C/2023/520, de 6 de noviembre de 2023.
126. Asunto T-45/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – Weider Germany/EUIPO – Den i Nosht (YIPPIE!) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión YIPPIE! – Marca denominativa anterior de la Unión Yuppie – Causa de nulidad relativa – Riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 57, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 64, apartado 2, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C/2023/521, de 6 de noviembre de 2023.
127. Asunto T-163/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2023 – Transformers Manufacturing Company/EUIPO – H & F (TMC TRANSFORMERS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TMC TRANSFORMERS – Registro internacional de la marca figurativa anterior TMC – 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/2023/524, de 6 de noviembre de 2023.
128. Asunto T-167/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2023 – Transformers Manufacturing Company/EUIPO – H & F (TMC TRANSFORMERS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión TMC TRANSFORMERS – Registro internacional de la marca figurativa anterior TMC – 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/2023/525, de 6 de noviembre de 2023.
129. Asunto T-312/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – QC y otros/EUIPO – Wyrębski (RED BRAND CHICKEN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión RED BRAND CHICKEN – Forma de una caja rectangular blanca y roja – 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/2023/528, de 6 de noviembre de 2023.
130. Asunto T-316/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – QC y otros/EUIPO – Wyrębski (BLUE BRAND

CHICKEN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión **BLUE BRAND CHICKEN** – Forma de una caja rectangular blanca y azul – 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/2023/529, de 6 de noviembre de 2023.

131. Asunto T-324/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2023 – Ecoalf Recycled Fabrics/EUIPO (**BECAUSE THERE IS NO PLANET B**) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión **BECAUSE THERE IS NO PLANET B** – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Igualdad de trato», DOUE, C/2023/530, de 6 de noviembre de 2023.
132. Asunto T-328/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2023 – Korres/EUIPO – Naos (**EST. KORRES 1996 HYDRA-BIOME**) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión **EST. KORRES 1996 HYDRA-BIOME** – Marca nacional denominativa anterior **HYDRABIO** – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, primera frase, del Reglamento 2017/1001 – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Artículo 95, apartado 1, primera frase, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C/2023/531, de 6 de noviembre de 2023.
133. Asunto T-473/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2023 – Gürok Turizm ve Madencilik/EUIPO – Darvas y Pap (**LAAVA**) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión **LAAVA** – Marcas figurativas anteriores de la Unión **LAV** y **Lav** – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Derecho a ser oído – Artículo 94, apartado 1, segunda frase, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C/2023/532, de 6 de noviembre de 2023.
134. Asunto T-488/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2023 – Kaufdas.online/EUIPO – Kaufland (**KAUFDAS ONLINE**) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión **KAUFDAS ONLINE** – Marcas denominativa anterior de la Unión **KAUFLAND** y figurativa anterior de la Unión **Kaufland** – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C/2023/533, de 6 de noviembre de 2023.

135. Asunto T-492/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – Iwuć/EUIPO – Hangzhou XiangHui (Caja de embalaje y surtido de calcetines) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una caja de embalaje y un surtido de calcetines – Causas de nulidad – Artículos 5, 7 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C/2023/534, de 6 de noviembre de 2023.
136. Asunto T-549/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2023 – Prolactal/EUIPO – Proláctea (PROLACTAL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa PROLACTAL – Marca nacional figurativa anterior Proláctea – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los signos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001 y artículo 41, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales»], DOUE, C/2023/535, de 6 de noviembre de 2023.
137. Asunto T-658/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – Allegro/EUIPO (SMART!) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SMART! – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/536, de 6 de noviembre de 2023.
138. Asunto T-552/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2023 – mataharispaclub/EUIPO – Rouha (SpaClub-Matahari) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión SpaClubMatahari – Causa de nulidad absoluta – Inexistencia de mala fe – Artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Inadmisibilidad – Artículo 177, apartado 1, letra d), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General»], DOUE, C/2023/652, de 13 de noviembre de 2023.
139. Asunto T-745/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2023 – DGNB/EUIPO (Representación de una línea blanca curvada en un cuadrado oscuro) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una línea blanca curvada en un cuadrado oscuro – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/653, de 13 de noviembre de 2023.
140. Asunto T-229/23: Auto del Tribunal General de 25 de agosto de 2023 – Bonami. CZ/EUIPO – Roval Print (bonami) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la

oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C/2023/657, de 13 de noviembre de 2023.

141. Asunto T-248/23: Auto del Tribunal General de 25 de agosto de 2023 – Bonami. CZ/EUIPO – Roval Print (Bonami) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C/2023/658, de 13 de noviembre de 2023.
142. Asunto T-210/22: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2023 – Procter & Gamble/EUIPO (Safeguard) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Safeguard – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/768, de 20 de noviembre de 2023.
143. Asunto T-616/22: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2023 – Breville/EUIPO (Dispositivos de cocción) [«Dibujo o modelo comunitario – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa unos dispositivos de cocción – Solicitud de renovación del registro – Solicitud de restitutio in integrum – Artículo 67 del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C/2023/771, de 20 de noviembre de 2023.
144. Asunto T-296/22: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2023 – Flowbird/EUIPO – APCOA Parking Holdings (FLOWBIRD) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa FLOWBIRD – Marca figurativa anterior de la Unión FLOW – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/978, de 27 de noviembre de 2023.
145. Asunto T-435/22: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2023 – Pascoe pharmazeutische Präparate/EUIPO – Novartis Pharma (PASCELMO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa PASCELMO – Marca denominativa anterior de la Unión PASCOE – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/979, de 27 de noviembre de 2023.
146. Asunto T-444/22: Sentencia del Tribunal General de 4 de octubre de 2023 – HB/Comisión («Contratos públicos de servicios – Prestaciones de servicios de asistencia técnica al Alto Consejo judicial y las autoridades de Ucrania – Pago de deuda por compensación extrajudicial – Base jurídica – Competencia del autor del acto – Carácter líquido y cierto del crédito – Responsabilidad extracontractual»), DOUE, C/2023/980, de 27 de noviembre de 2023.
147. Asunto T-510/22: Sentencia del Tribunal General de 4 de octubre de 2023 – Sastela/EUIPO – Zenergo (Tante Mitzi Caffè CAFFÈ – STRUDEL – BARETTO) [«Marca de la Unión Europea – Proce-

- dimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión Tante Mitzi Caffè CAFFÈ – STRUDEL – BARETTO – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Hechos invocados o pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625», DOUE, C/2023/981, de 27 de noviembre de 2023.
148. Asunto T-542/22: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2023 – Martín Rodrigo/EUIPO – Louis Vuitton Malletier (CALIFORNIA Dreaming by Made in California) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CALIFORNIA Dreaming by Made in California – Marca del Benelux denominativa anterior CALIFORNIA DREAM – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/982, de 27 de noviembre de 2023.
149. Asunto T-415/22: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2023 – Chipre/EUIPO – Fontana Food (GRILLOUMI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GRILLOUMI – Marcas de certificación nacionales denominativas anteriores ΧΑΛΛΟΥΜΙ HALLOUMI – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C/2023/1149, de 4 de diciembre de 2023.
150. Asunto T-490/22: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2023 – Dr. Rudolf Liebe Nachfolger/EUIPO – Bit Beauty (ayuna LESS IS BEAUTY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa ayuna LESS IS BEAUTY – Marca denominativa anterior de la Unión AJONA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/1156, de 4 de diciembre de 2023.
151. Asunto T-516/22: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2023 – Deutsche Glasfaser Wholesale/EUIPO – O2 Worldwide (brightblue) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión brightblue – Marca denominativa anterior de la Unión BLUE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/1157, de 4 de diciembre de 2023.
152. Asunto T-566/22: Sentencia del Tribunal General de 18 de octubre de 2023 – Sports Group Denmark/EUIPO (ENDURANCE) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa ENDURANCE –

Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Seguridad jurídica – Igualdad de trato», DOUE, C/2023/1160, de 4 de diciembre de 2023.

153. **Asunto T-52/23: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2023 – Olive Line International/EUIPO – Santa Rita Harinas (SANTARRITA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SANTARRITA – Marca figurativa anterior de la Unión Santa Rita – 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/2023/1162, de 4 de diciembre de 2023.**
154. **Asunto T-87/23: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2023 – Biogena/EUIPO (THE GOOD GUMS) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa THE GOOD GUMS – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/1163, de 4 de diciembre de 2023.**
155. **Asunto T-458/21: Sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2023 – Quantic Dream/EUIPO – Quentia (Q) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Q – Marca figurativa anterior de la Unión Q – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/1297, de 11 de diciembre de 2023.**
156. **Asunto T-384/22: Sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2023 – Productos Ibéricos Calderón y Ramos/EUIPO – Hijos de Rivera (ESTRELLA DE CASTILLA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ESTRELLA DE CASTILLA – Marca figurativa anterior de la Unión Estrella Galicia – Motivo de denegación relativo – Menoscabo del renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2023/1300, de 11 de diciembre de 2023.**
157. **Asunto T-511/22: Sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2023 – Olimp Laboratories/EUIPO – Schmitzer (HPU AND YOU) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión HPU AND YOU – Marcas de la Unión y nacional figurativas anteriores que representan tres hexágonos – Marca figurativa anterior de la Unión OLIMP – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Familia de marcas – Confianza legítima – Seguridad jurídica»], DOUE, C/2023/1302, de 11 de diciembre de 2023.**

158. **Asunto T-773/22: Sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2023 – Contorno Textil/EUIPO – Harmont & Blaine (GILBERT TECKEL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un teckel de perfil, GILBERT TECKEL – Marca figurativa anterior de la Unión que representa un teckel de perfil – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Igualdad de trato – Seguridad jurídica»], DOUE, C/2023/1303, de 11 de diciembre de 2023.**
159. **Asunto T-592/22: Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2023 – Liquid Advertising/EUIPO – Liqui.do (Liquid+Arcade) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Liquid+Arcade – Marca figurativa anterior de la Unión LIQUI.DO – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/546, de 8 de enero de 2024.**
160. **Asunto T-665/22: Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2023 – SkinIdent/EUIPO – Beiersdorf (NIVEA SKIN-IDENTICAL Q10) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión NIVEA SKIN-IDENTICAL Q10 – Marca denominativa nacional y registro internacional anteriores de una marca denominativa SKINIDENT – Denominación social anterior Skinident – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento 2017/1001 – Proximidad sectorial – Aplicación de la normativa nacional por la EUIPO – Derecho a ser oído – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/547, de 8 de enero de 2024.**
161. **Asunto T-41/23: Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2023 – Pollen + Grace/EUIPO – Grace Foods (POLLEN + GRACE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión POLLEN + GRACE – Marca figurativa anterior de la Unión Grace – 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/2024/548, de 8 de enero de 2024.**
162. **Asunto T-113/23: Sentencia del Tribunal General de 8 noviembre de 2023 – Papier-Mettler/EUIPO (Forma de un bolso) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de un bolso – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/549, de 8 de enero de 2024.**

163. Asunto T-114/23: Sentencia del Tribunal General de 8 noviembre de 2023 – Papier-Mettler/EUIPO (Forma de un bolso) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de un bolso – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/550, de 8 de enero de 2024.
164. Asunto T-19/22: Sentencia del Tribunal General de 29 de noviembre de 2023 – Piaggio & C./EUIPO – Zhejiang Zhongneng Industry Group (Forma de un escúter) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de un escúter – Causa de nulidad absoluta – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C/2024/944, de 29 de enero de 2024.
165. Asunto T-297/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2023 – BB Services/EUIPO – Lego Juris (Forma de una figura-juguete con un saliente en la cabeza) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de una figura-juguete con un saliente en la cabeza – Causas de nulidad absoluta – Signo constituido exclusivamente por la forma impuesta por la naturaleza del propio producto – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), incisos i) y ii), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra e), incisos i) y ii), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C/2024/946, de 29 de enero de 2024.
166. Asunto T-298/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2023 – BB Services/EUIPO – Lego Juris (Forma de una figura de juguete) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión Europea – Forma de una figura de juguete – Causas de nulidad absoluta – Signo constituido exclusivamente por la forma impuesta por la propia naturaleza del producto – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), incisos i) y ii), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra e), incisos i) y ii), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C/2024/947, de 29 de enero de 2024.
167. Asunto T-627/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2023 – Vi.ni.ca./EUIPO – Venica & Venica (agricolavinica. Le Colline di Ripa) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión agricolavinica. Le Colline di Ripa – Marca denominativa anterior de la Unión VENICA – Causas de nulidad relativa – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a),

del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/949, de 29 de enero de 2024.

168. Asunto T-661/22: Sentencia del Tribunal General de 29 de noviembre de 2023 – Claro/EUIPO – Claranet Europe (Claro) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Claro – Marca denominativa anterior de la Unión CLARANET – Causa de nulidad relativa – Riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C/2024/950, de 29 de enero de 2024.
169. Asunto T-764/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2023 – bet365 Group/EUIPO (bet365) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión bet365 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/952, de 29 de enero de 2024.
170. Asunto T-12/23: Sentencia del Tribunal General de 29 de noviembre de 2023 – Beauty Boutique/EUIPO – Lightningbolt Europe (Representación de un rayo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un rayo – Marca figurativa anterior de la Unión que representa un rayo – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/953, de 29 de enero de 2024.
171. Asunto T-29/23: Sentencia del Tribunal General de 29 de noviembre de 2023 – Vobro/EUIPO – Mieszko (CHERRY Passion) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CHERRY Passion – Marca figurativa anterior de la Unión MIESZKO PRALINES CHERRISSIMO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/954, de 29 de enero de 2024.
172. Asunto T-53/23: Sentencia del Tribunal General de 29 de noviembre de 2023 – TVR Automotive/EUIPO – TVR Italia (TVR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TVR – Marca figurativa anterior de la Unión TVR ITALIA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Derecho a un proceso equitativo – Confianza legítima»], DOUE, C/2024/955, de 29 de enero de 2024.
173. Asunto T-85/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2023 – DGC Switzerland/EUIPO (cyberscan) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión cyberscan – Motivos de denegación absolutos – Carácter descrip-

- tivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Relación suficientemente directa y concreta con los productos y servicios a que se refiere la solicitud de marca – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001», DOUE, C/2024/956, de 29 de enero de 2024.
174. Asunto T-107/23: Sentencia del Tribunal General de 29 de noviembre de 2023 – Myforest Foods/EUIPO (MYBACON) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión MYBACON – Motivo de denegación absoluto – Marca que puede inducir al público a error – Artículo 7, apartado 1, letra g), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C/2024/957, de 29 de enero de 2024.
175. Asunto T-608/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2023 – KHG/EUIPO – Dreams (Dreamer) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Dreamer – Marca denominativa anterior de la Unión DREAMS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C/2024/1095, de 5 de febrero de 2024.
176. Asunto T-56/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2023 – Laboratorios Ern/EUIPO – Ahlberg-Dollarstore (A’PEAL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión A’PEAL – Marca nacional denominativa anterior APIRETAL – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Inexistencia de vínculo entre las marcas de que se trata – Inexistencia de perjuicio para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C/2024/1096, de 5 de febrero de 2024.
177. Asunto T-381/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2023 – Good Services/EUIPO – ITV Studios Global Distribution (EL ROSCO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión EL ROSCO – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C/2024/1411, de 19 de febrero de 2024.
178. Asunto T-382/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2023 – Good Services/EUIPO – ITV Studios Global Distribution (EL ROSCO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión EL ROSCO – 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/2024/1412, de 19 de febrero de 2024.
179. Asunto T-383/22: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2023 – Good Services/EUIPO – ITV Studios Global Distri-

- bution (EL ROSCO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión EL ROSCO – 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/2024/1413, de 19 de febrero de 2024.
180. Asunto T-10/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2023 – Light Tec/EUIPO – DecoTrend (Pantallas de lámpara) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una estrella – Dibujo o modelo anterior aportado después de la presentación de la solicitud de declaración de nulidad – Artículo 28, apartado 1, letras b) y v), del Reglamento (CE) núm. 2245/2002 – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Artículo 63, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Obligación de motivación – Derecho a ser oído»], DOUE, C/2024/1417, de 19 de febrero de 2024.
181. Asunto C-361/22, Inditex: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 11 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo – España) – Industria de Diseño Textil, S. A. (Inditex) / Buongiorno Myalert, S. A. [Procedimiento prejudicial – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 6, apartado 1, letra c) – Limitación de los efectos de la marca – Uso de la marca para indicar el destino de un producto o de un servicio – Directiva (UE) 2015/2436 – Artículo 14, apartado 1, letra c)], DOUE, C/2024/1504, de 26 de febrero de 2024.
182. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 18 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – Hewlett Packard Development Company LP / Senetic S. A. (Asunto C-367/21, Hewlett Packard Development Company) [Procedimiento prejudicial – Libre circulación de mercancías – Artículos 34 TFUE y 36 TFUE – Propiedad intelectual – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 13 – Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 15 – Agotamiento del derecho conferido por la marca – Comercialización en la Unión o en el Espacio Económico Europeo (EEE) – Consentimiento del titular de la marca – Lugar de primera comercialización de los productos por el titular o con su consentimiento – Carga de la prueba], DOUE, C/2024/1651, de 4 de marzo de 2024.
183. Asunto T-564/22: Sentencia del Tribunal General de 20 de diciembre de 2023 – Pierre Balmain/EUIPO – Story Time (Representación de una cabeza de león rodeada por anillas que forman una cadena) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una cabeza de león rodeada por anillas que forman una cadena – Marca nacional figurativa anterior que representa una cabeza de león rodeada por puntos – Motivo de denegación relativo – Carácter distintivo de la marca anterior – Inexistencia de riesgo de con-

fusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C/2024/1695, de 4 de marzo de 2024.

184. Asunto T-736/22: Sentencia del Tribunal General de 20 de diciembre de 2023 – Campofrio Food Group/EUIPO – Ceriotti Holding (SNACK MI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SNACK MI – Marcas nacionales figurativas anteriores CAMPOFRIO SNACK'IN – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Inexistencia de menoscabo para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/1696, de 4 de marzo de 2024.
185. Asunto T-779/22: Sentencia del Tribunal General de 20 de diciembre de 2023 – Transport Werk/EUIPO – Haus & Grund Deutschland (Haus & Grund) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Haus & Grund – Causas de nulidad absoluta – Carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y artículo 59, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C/2024/1697, de 4 de marzo de 2024.
186. Asunto T-27/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de diciembre de 2023 – Feed/EUIPO – The Feed.com (THE FEED) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión THE FEED – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/1698, de 4 de marzo de 2024.
187. Asunto T-189/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de diciembre de 2023 – The Mochi Ice Cream Company/EUIPO (my mochi) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa my mochi – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Eslogan promocional – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/1699, de 4 de marzo de 2024.
188. Asunto C-334/22, Audi (Soporte para emblema en una rejilla de radiador): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 25 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – Audi AG / GQ [Procedimiento prejudicial – Marca de la Unión Europea – Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 9, apartados 2 y 3, letras a) a c) – Derechos conferidos por una marca de la Unión – Concepto de «uso en el tráfico económico de cualquier signo» – Artículo 14, apartado 1, letra c) – Limitación de los efectos de una marca de la Unión – Derecho del titular de una marca de la Unión a oponerse a que un tercero use un signo idéntico o similar a la marca en piezas de recambio de automóviles – Elemento de una rejilla de radiador

destinado a fijar un emblema que representa la marca de un fabricante de automóviles], DOUE, C/2024/1822, de 11 de marzo de 2024.

189. Asuntos acumulados T-221/22 y T-242/22: Sentencia del Tribunal General de 20 de diciembre de 2023 – Pharmaselect International y OmniActive Health Technologies/EUIPO – OmniActive Health Technologies y Pharmaselect International (LUTAMAX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión LUTAMAX – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/1860, de 11 de marzo de 2024.
190. Asunto T-655/22: Sentencia del Tribunal General de 20 de diciembre de 2023 – Torre Oria/EUIPO – Giramondi y Antonelli (WINE TALES RACCONTI DI VINO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión WINE TALES RACCONTI DI VINO – Marca figurativa anterior de la Unión WINE TALES – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/1863, de 11 de marzo de 2024.

PROPIEDAD INTELECTUAL

191. Asunto C-580/23 Mio y otros: Petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (Suecia) el 21 de septiembre de 2023 – Mio AB, Mio e-handel AB, Mio Försäljning AB / Galleri Mikael & Thomas Asplund Aktiebolag, DOUE, C/2023/964, de 27 de noviembre de 2023.
192. Asunto C-590/23, Pelham: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 25 de septiembre de 2023 – CG e YN / Pelham GmbH y otros, DOUE, C/2023/1131, de 4 de diciembre de 2023.
193. Asunto C-201/22, Telia Finland: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 23 de noviembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus – Finlandia) – Kopiosto ry / Telia Finland Oyj (Procedimiento prejudicial – Derechos de propiedad intelectual – Directiva 2014/26/UE – Gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines – Entidad de gestión colectiva – Directiva 2004/48/CE – Medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual – Artículo 4 – Personas legitimadas para solicitar la aplicación de las medidas, procedimientos y recursos contemplados en la Directiva 2004/48/CE – Entidad de gestión colectiva autorizada para la concesión de licencias colectivas con efecto ampliado – Legitimación activa

para la defensa de los derechos de propiedad intelectual), DOUE, C/2024/606, de 15 de enero de 2024.

194. Asunto C-260/22, *Seven. One Entertainment Group*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 23 de noviembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Erfurt – Alemania) – *Seven. One Entertainment Group GmbH / Corint Media GmbH* (Procedimiento prejudicial – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Artículo 2, letra e) – Organismos de radiodifusión – Derecho de reproducción de las fijaciones de emisiones – Artículo 5, apartado 2, letra b) – Excepción de copia privada – Compensación equitativa – Perjuicio causado a los organismos de radiodifusión – Igualdad de trato – Normativa nacional que excluye a los organismos de radiodifusión del derecho a una compensación equitativa), DOUE, C/2024/608, de 15 de enero de 2024.
195. Asunto C-649/23, *Institutul G. Călinescu*: Petición de decisión prejudicial planteada por la Înalta Curte de Casație și Justiție (Rumanía) el 31 de octubre de 2023 – *Institutul de Istorie și Teorie Literară G. Călinescu, Fundația Națională pentru Știință și Artă / HK, moștenitor al TB, VP, GR*, DOUE, C/2024/1389, de 19 de febrero de 2024.
196. Asunto C-473/22, *Mylan*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el markkinaoikeus – Finlandia) – *Mylan AB / Gilead Sciences Finland Oy, Gilead Biopharmaceutics Ireland UC, Gilead Sciences Inc.* [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Medicamento de uso humano – Certificado complementario de protección (CCP) – Directiva 2004/48/CE – Artículo 9, apartado 7 – Comercialización de productos infringiendo los derechos conferidos por un CCP – Medidas provisionales ordenadas sobre la base de un CCP – Anulación ulterior del CCP y revocación de las medidas – Consecuencias – Derecho a una indemnización adecuada como reparación del perjuicio causado por las medidas provisionales – Responsabilidad del solicitante de tales medidas por el perjuicio causado por estas – Normativa nacional que establece la responsabilidad objetiva], DOUE, C/2024/1509, de 26 de febrero de 2024.
197. Asunto C-795/23, *konektra*: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 21 de diciembre de 2023 – *konektra GmbH y LN / USM U. Schärer Söhne AG*, DOUE, C/2024/1844, de 11 de marzo de 2024.

PROTECCIÓN DE DATOS

198. Asunto C-507/23, *Patērētāju tiesību aizsardzības centrs*: Petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa

- (Senāts) (Letonia) el 8 de agosto de 2023 – A / Patērētāju tiesību aizsardzības centrs, DOUE, C/2023/125, de 16 de octubre de 2023.
199. Asunto T-200/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2023 – JS/SEPD [«Derecho institucional – Protección de datos de carácter personal – Reglamento (UE) 2018/1725 – Desestimación de la reclamación dirigida al SEPD relativa a la conservación y tratamiento de los datos personales por el JUR – Desestimación de la solicitud de revisión – Derecho de supresión – Derecho de oposición – Derecho a la limitación del tratamiento – Artículo 26 del Estatuto – Principio de buena administración»], DOUE, C/2023/314, de 30 de octubre de 2023.
200. Asunto C-659/22, Ministerstvo zdravotnictví (Aplicación móvil Covid-19): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 5 de octubre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší správní soud – República Checa) – RK / Ministerstvo zdravotnictví [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 4, punto 2 – Concepto de «tratamiento» de datos personales – Aplicación móvil – Verificación de la validez de «certificados COVID digitales de la UE» expedidos con arreglo al Reglamento (UE) 2021/953], DOUE, C/2023/735, de 20 de noviembre de 2023.
201. Asunto C-563/23, Natsionalna agentsia za prihodite: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 12 de septiembre de 2023 – Teritorialna direktsia na Natsionalnata agentsia za prihodite – Sofia, DOUE, C/2023/957, de 27 de noviembre de 2023.
202. Asunto C-307/22, FT (Copias de la historia clínica): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de octubre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – FT / DW [Procedimiento prejudicial – Tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículos 12, 15 y 23 – Derecho de acceso del interesado a sus datos objeto de tratamiento – Derecho a obtener gratuitamente una primera copia de esos datos – Tratamiento de datos de un paciente por su médico – Historia clínica – Motivos de la solicitud de acceso – Uso de los datos con el fin de establecer la responsabilidad del facultativo – Concepto de «copia»], DOUE, C/2023/1109, de 4 de diciembre de 2023.
203. Asunto C-492/23, Russmedia Digital e Inform Media Press: Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Cluj (Rumanía) el 3 de agosto de 2023 – X / Russmedia Digital SRL, Inform Media Press SRL, DOUE, C/2023/1126, de 4 de diciembre de 2023.
204. Asunto C-333/22, Ligue des droits humains (Comprobación del tratamiento de datos por la autoridad de control): Sentencia del

- Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de noviembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por la cour d'appel de Bruxelles – Bélgica) – Ligue des droits humains ASBL, BA / Organe de contrôle de l'information policière [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Directiva (UE) 2016/680 – Artículo 17 – Ejercicio de los derechos del interesado a través de la autoridad de control – Comprobación de la licitud del tratamiento de los datos – Artículo 17, apartado 3 – Obligación de información mínima al interesado – Alcance – Validez – Artículo 53 – Derecho a la tutela judicial efectiva contra la autoridad de control – Concepto de «decisión jurídicamente vinculante» – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 8, apartado 3 – Control de una autoridad independiente – Artículo 47 – Derecho a la tutela judicial efectiva], DOUE, C/2024/515, de 8 de enero de 2024.**
205. **Asunto C-638/23, Amt der Tiroler Landesregierung: Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Austria) el 24 de octubre de 2023 – Amt der Tiroler Landesregierung, DOUE, C/2024/712, de 22 de enero de 2024.**
206. **Asunto C-634/21, SCHUFA Holding (Scoring): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 7 de diciembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden – Alemania) – OQ / Land Hessen [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 22 – Decisión individual automatizada – Agencias privadas de información comercial – Generación automatizada de un valor de probabilidad relativo a la capacidad de una persona para hacer frente a sus obligaciones de pago en el futuro (scoring) – Uso de dicho valor de probabilidad por terceros], DOUE, C/2024/913, de 29 de enero de 2024.**
207. **Asunto C-683/21, Nacionalinis visuomenės sveikatos centras: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vilniaus apygardos administracinis teismas – Lituania) – Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos / Valstybinė duomenų apsaugos inspekcija [Procedimiento prejudicial – Protección de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 4, puntos 2 y 7 – Conceptos de «tratamiento» y de «responsable del tratamiento» – Desarrollo de una aplicación informática móvil – Artículo 26 – Corresponsabilidad del tratamiento – Artículo 83 – Imposición de multas administrativas – Requisitos – Necesidad de que la infracción sea intencionada o negligente – Responsabilidad del responsable del tratamiento por el tratamiento de datos personales realizado por un encargado], DOUE, C/2024/914, de 29 de enero de 2024.**

208. **Asunto C-807/21, Deutsche Wohnen: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin – Alemania) – Deutsche Wohnen SE / Staatsanwaltschaft Berlin [Procedimiento prejudicial – Protección de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 4, punto 7 – Concepto de «responsable del tratamiento» – Artículo 58, apartado 2 – Poderes de las autoridades de control para imponer medidas correctivas – Artículo 83 – Imposición de multas administrativas a una persona jurídica – Requisitos – Margen de maniobra de los Estados miembros – Necesidad de que la infracción sea intencionada o negligente], DOUE, C/2024/915, de 29 de enero de 2024.**
209. **Asuntos acumulados C-26/22 y C-64/22, SCHUFA Holding (Exoneración del pasivo insatisfecho): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 7 de diciembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden – Alemania) – UF (C-26/22), AB (C-64/22) / Land Hessen [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 5, apartado 1, letra a) – Principio de «licitud» – Artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letra f) – Necesidad del tratamiento para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero – Artículo 17, apartado 1, letra d) – Derecho de supresión en caso de tratamiento ilícito de datos personales – Artículo 40 – Códigos de conducta – Artículo 78, apartado 1 – Derecho a la tutela judicial efectiva frente a una autoridad de control – Decisión adoptada por la autoridad de control sobre una reclamación – Alcance del control jurisdiccional sobre dicha decisión – Agencias de información comercial – Conservación de datos procedentes de un registro público relativos a la exoneración del pasivo insatisfecho en favor de una persona – Duración de la conservación], DOUE, C/2024/917, de 29 de enero de 2024.**
210. **Asunto C-340/21, Natsionalna agentsia za prihodite: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de diciembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven administrativen sad – Bulgaria) – VB / Natsionalna agentsia za prihodite [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 5 – Principios relativos a dicho tratamiento – Artículo 24 – Responsabilidad del responsable del tratamiento – Artículo 32 – Medidas adoptadas para garantizar la seguridad del tratamiento – Apreciación del carácter apropiado de tales medidas – Alcance del control jurisdiccional – Práctica de la prueba – Artículo 82 – Derecho a indemnización y responsabilidad – Eventual exoneración de responsabilidad del responsable del tratamiento en caso de violación de datos cometida por terceros – Demanda de indemnización por daños y perjuicios inmateriales basada en el temor a**

- un uso indebido de datos personales], DOUE, C/2024/1065, de 5 de febrero de 2024.
211. Asunto C-456/22, *Gemeinde Ummendorf*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de diciembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg – Alemania) – VX, AT / *Gemeinde Ummendorf* [Procedimiento prejudicial – Protección de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 82 – Derecho a indemnización y responsabilidad – Concepto de «daños y perjuicios inmateriales» – Publicación en línea del orden del día de una sesión de un consejo municipal que contiene datos personales – Publicación sin el consentimiento de los interesados – Reclamación por estos de una indemnización por daños y perjuicios inmateriales], DOUE, C/2024/1072, de 5 de febrero de 2024.
212. Asunto C-667/21, *Krankenversicherung Nordrhein*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de diciembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht – Alemania) – ZQ / *Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein, 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 6, apartado 1 – Condiciones de licitud del tratamiento – Artículo 9, apartados 1 a 3 – Tratamiento de categorías especiales de datos – Datos relativos a la salud – Evaluación de la capacidad laboral de un trabajador – Servicio médico en materia de seguro de enfermedad que trata datos relativos a la salud de sus propios trabajadores – Procedencia y condiciones de tal tratamiento – Artículo 82, apartado 1 – Derecho a indemnización y responsabilidad – Indemnización de daños y perjuicios inmateriales – Función compensatoria – Incidencia de la culpa del responsable del tratamiento], DOUE, C/2024/1367, de 19 de febrero de 2024.
213. Asunto C-654/23, *Inteligo Media*: Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel București (Rumanía) el 2 de noviembre de 2023 – *Inteligo Media SA / Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP)*, DOUE, C/2024/1390, de 19 de febrero de 2024.
214. Asunto C-655/23, *Quirin Privatbank*: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 7 de noviembre de 2023 – IP / *Quirin Privatbank AG*, DOUE, C/2024/1391, de 19 de febrero de 2024.
215. Asunto C-231/22, *État belge (Datos tratados por una publicación oficial)*: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por la cour d'appel de Bruxelles – Bélgica) – *État belge / Autorité de protection des données* [Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre

- circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos) – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 4, punto 7 – Concepto de «responsable del tratamiento» – Diario oficial de un Estado miembro – Obligación de publicar tal como están los actos de sociedades preparados por estas últimas o sus representantes legales – Artículo 5, apartado 2 – Tratamiento sucesivo, por varias personas o entidades distintas, de los datos personales que figuran en tales actos – Determinación de las responsabilidades], DOUE, C/2024/1501, de 26 de febrero de 2024.
216. Asunto C-710/23, Ministerstvo zdravotnictví II: Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší správní soud (República Checa) el 22 de noviembre de 2023 – L. H. / Ministerstvo zdravotnictví, DOUE, C/2024/1520, de 26 de febrero de 2024.
217. Asunto C-33/22, Österreichische Datenschutzbehörde: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof – Austria) – Datenschutzbehörde / WK [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Artículo 16 TFUE – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 2, apartado 2, letra a) – Ámbito de aplicación – Exclusiones – Actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión – Artículo 4 TUE, apartado 2 – Actividades relativas a la seguridad nacional – Comisión de investigación creada por el Parlamento de un Estado miembro – Artículos 23, apartado 1, letras a) y h), 51 y 55 del Reglamento 2016/679 – Competencia de la autoridad de control responsable de la protección de datos – Artículo 77 – Derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control – Efecto directo], DOUE, C/2024/1653, de 4 de marzo de 2024.
218. Asunto C-683/23, Encarna: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Barcelona (España) el 14 de noviembre de 2023 – Encarna / Elías, DOUE, C/2024/1836, de 11 de marzo de 2024.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

219. Asunto C-286/22, KBC Verzekeringen: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de octubre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie – Bélgica) – KBC Verzekeringen NV / P&V Verzekeringen CVBA (Procedimiento prejudicial – Seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 2009/103/CE – Artículo 1, punto 1 – Concepto de «vehículo» – Legislación nacional que prevé la indemnización automática para determinados usuarios de la vía pública víctimas de accidentes de tráfico – Persona que no conduce un «vehículo automóvil» en el sentido de esta legislación – Concepto equivalente al de «vehículo» en el sentido de la Directiva 2009/103 – Bicicleta

equipada con un motor eléctrico que proporciona asistencia al pedaleo, con una función de impulso que solo puede activarse utilizando la fuerza muscular), DOUE, C/2023/935, de 27 de noviembre de 2023.

- 220. Asunto C-303/23, Powszechny Zakład Ubezpieczeń: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 11 de diciembre de 2023 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu – Polonia) – Powszechny Zakład Ubezpieczeń SA / Volvia sp. z o.o. (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Directiva 2011/7/UE – Lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales – Artículo 2, punto 1 – Concepto de «operaciones comerciales» – Artículo 3, apartado 1, letra a) – Exigibilidad de intereses de demora – Contrato de seguro celebrado entre empresas), DOUE, C/2024/927, de 29 de enero de 2024.**

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

BARBA, Vincenzo: *Principio de no discriminación y contrato*, Colex, A Coruña, 2023, 216 pp.**

El problema jurídico. ¿Puede A negarse a celebrar un contrato con B y, sin embargo, celebrar ese mismo contrato con C? Asumiendo que finalmente A celebra dos contratos (con B y con C) ¿puede incluir el contrato con B cláusulas menos favorables que el celebrado con C, siendo todas las demás cláusulas iguales? Imaginemos ahora que tanto B como C se retrasan en el cumplimiento de su obligación (por ejemplo, la del pago del precio): ¿puede A decidir que aplaza el pago a C, pero que va a ejercer la pretensión de cumplimiento inmediatamente frente a B?

Estoy convencida, querido lector, que su respuesta a todas las preguntas formuladas sería, *a priori*, naturalmente afirmativa, aunque sea obvio que en todos los ejemplos propuestos A está tratando distinto a B frente a C. Y es que A estaría, *a priori*, amparado por el principio de autonomía privada en sus diversas manifestaciones: el de la libertad para fijar el contenido del contrato y el de la libertad para contratar o no y para seleccionar al cocontratante.

¿Cambiaría su respuesta si desvelo ahora que la razón por la que A trata diferente a B frente a C es la raza del primero? ¿O que si no hay un trato igual se debe al sexo de B?

Percatado del juego tramposo (con el que espero haberle atrapado), es altamente probable que su respuesta adopte, en esta ocasión, forma de pregunta, o más bien de varias preguntas, que busquen desenmascaramme defini-

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

** La elaboración de la presente reseña me ha dado la oportunidad de debatir intensamente con colegas de otras disciplinas, cuya perspectiva ha sido altamente enriquecedora: se trata de Carmen Martínez-Capdevila, Tomás de la Quadra Salcedo Janini y Jorge Castillo Abella, que han tenido también la amabilidad de leerla y de trasladarme sus apreciaciones. La revisión con lentes civilistas ha venido de la mano amiga, pero siempre objetiva, de Ana Soler Presas y de la lectura exigente, a la par que generosa, de Fernando Pantaleón Prieto.

tivamente exigiendo una mayor concreción del supuesto de hecho que muy superficialmente he planteado al comienzo de esta reseña.

Y así, comenzaría preguntándome si acaso A es un empresario que se niega a contratar a B por el hecho de ser mujer; o si, quizás, aunque finalmente ha contratado a B (mujer) lo ha hecho por un salario inferior al de C (hombre). Continuaría planteando otro posible supuesto como contrapunto: en este caso B es el hombre, C la mujer y A el propietario de una discoteca, que presta el servicio gratuitamente a C y que, sin embargo, a B le exige el pago de un precio. Tengo por seguro que continuaría indagando, y que lo haría preguntándome si el caso que tengo en la cabeza es el de una compañía aseguradora (A) que impone primas más altas a B por razón del sexo. Quizás me plantearía si estoy pensando en contratos de arrendamiento de vivienda, en los que el arrendador (A) excluye a B como posible arrendatario por ser de raza gitana. Sospecho que me mencionaría igualmente la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos que dio la razón a la diseñadora de webs de bodas que rechazaba contratar con parejas homosexuales¹ y que recuerda naturalmente al conocido caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. V. Colorado Civil Rights Commission* de 4 de junio de 2018². En fin, intuyo que no se resistiría a interpellarme para comprobar si, en realidad, mi trampa es de tal envergadura que lo que en realidad se esconde tras los casos frívolamente planteados es un supuesto como los resueltos por el Tribunal Supremo en las Sentencias 925/2021, de 23 de diciembre y 93/2001, de 8 de febrero, donde lo que se discutía era si la asociación Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de La Laguna y la Comunidad de Pescadores de El Palmar, respectivamente, podían no permitir el acceso de mujeres³.

La contextualización de la obra. Todos los casos que acabo de exponer plantean el mismo problema jurídico: el conflicto entre el principio de autonomía privada y el principio de no discriminación. Del análisis de este problema se ocupa el libro que Vincenzo Barba, jurista italiano sobradamente conocido y apreciado entre muchos civilistas de nuestro país, ha publicado en febrero de 2023. El libro sale a la luz precisamente treinta años después de la publicación en esta misma revista del artículo elaborado por Jesús Alfaro «Autonomía privada y derechos fundamentales» (*ADC*, 1993, I, pp. 57 a 122) y transcurridos diez años desde que Ariadna Aguilera publicara su tesis doctoral (dirigida por Pablo Salvador Coderch) bajo el título *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios* (ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013). Naturalmente que las citadas no son las únicas obras existentes sobre el tema (de ello da

¹ Los errores y omisiones que puedan quedar en el texto son solo míos.

303 *Creative LLC et al. v. Elenis et al.*, 30 de junio de 2023.

² Muy bien explicado por Alfaro en <https://almacenederecho.org/caso-del-pastele-ro-no-queria-pastel-boda-una-pareja-gay>.

³ La primera de las sentencias citadas hizo prevalecer el derecho de asociación y el derecho a la libertad religiosa frente al principio de no discriminación por razón de sexo [para más información vid. Minero Alejandro, G. (2022), Género y asociaciones. La ponderación del derecho a la igualdad y el principio de autonomía autoorganizativa de las asociaciones religiosas al hilo de la STS (Sala I.ª) 925/2021, de 23 de diciembre, Derecho Privado y Constitución, 41, 389-421].

En la segunda de las sentencias mencionadas, el Alto Tribunal dio la razón a cinco mujeres a las que se había impedido el acceso a dicha comunidad, que excluía a las hijas y nietas de los cofrades.

buena cuenta el autor en la extensa bibliografía situada al final del libro)⁴, pero sí constituyen, a mi modo de ver, las de referencia hasta el momento.

Alfaro analizó, como el propio título del artículo indica, la relación entre la autonomía privada y los derechos fundamentales, y lo hizo examinando «en qué medida y de qué forma están vinculados por los derechos fundamentales los distintos poderes públicos que actúan en el tráfico privado (básicamente el legislador y los jueces y tribunales) [...] y en qué medida y de qué forma lo están los propios particulares cuando se relacionan con otros sujetos igualmente titulares de derechos fundamentales [...]»⁵; de entre las diversas teorías existentes sobre las consecuencias entre particulares del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, eficacia inmediata, eficacia mediata y mandato de protección a los poderes públicos, defendió esta última y extrajo las consecuencias prácticas de dicha construcción dogmática, tanto en el ámbito estrictamente jurídico privado (de las relaciones entre los particulares), como en el ámbito de las funciones fiscalizadoras del Tribunal Constitucional (de la función del legislador, y de la de los jueces y tribunales).

Aguilera, por su parte, analizó las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de julio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; se ocupó también de la transposición de ambas en los ordenamientos jurídicos español y alemán, así como de la situación existente en dichos sistemas antes de la incorporación de las mencionadas Directivas. La elección del ordenamiento jurídico alemán estaba claramente justificada, pues son los autores alemanes quienes han protagonizado la discusión sobre la relación entre la prohibición de discriminación y el principio de autonomía privada.

La monografía de Barba se publica en un momento en que han sido promulgadas nuevas normas con impacto indudable en el tema (fundamentalmente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁶), utiliza como contrapunto el Derecho italiano (sin ser, como

⁴ Habría sido deseable que se incluyeran algunas de las entradas del Almacén de Derecho de Alfaro, en las que el autor retoma el tema del artículo citado del año 93, para revalorizarlo y reafirmarse en sus ideas. Véase, por ejemplo: *Drittwirkung en el Derecho europeo* (2015), disponible en <https://almacenederecho.org/drittwirkung-en-el-derecho-europeo>, *Libertad contractual y principio de igualdad* (2015), disponible en <https://almacenederecho.org/libertad-contractual-y-principio-de-igualdad>, *De nuevo sobre la Drittwirkung de los derechos fundamentales* (2017), disponible en <https://almacenederecho.org/nuevo-la-drittwirkung-los-derechos-fundamentales>, «Sanciones» privadas y *Drittwirkung* (2018), disponible en <https://derechomercantiles.espana.blogspot.com/2018/05/sanciones-privadas-y-drittwirkung.html>.

También cabría añadir la reciente obra de IZQUIERDO-SANS, C., MARTÍNEZ-CAPDEVILA, C. y NOGUEIRA-GUASTAVINO, M. (eds), *Fundamental rights challenges. Horizontal effectiveness, rule of law and margin of national appreciation*, Springer, 2021 y, en particular, el capítulo elaborado por N. BERMEJO, «Fundamental rights and horizontal direct effect under the Charter», pp. 51 a 74.

Pero las (inevitables en toda lista bibliográfica) ausencias no empañan, con todo, la valoración que merece dicha recopilación, habida cuenta, además, de que se intercalan obras de civilistas italianos.

⁵ ALFARO, *op. cit.* 1993, p. 58.

⁶ La Ley 4/2023 de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI se publicó cuando la monografía de Barba ya había visto la luz, aunque el autor cita en la nota 35 el, entonces, proyecto de ley.

bien advierte García Rubio en el prólogo [p. 10], un trabajo de Derecho comparado) y emplea un método de análisis que abarca todas las fases de la vida del contrato (formación, contenido y ejecución), identificando en cada una de ellas «cuándo es posible afirmar que existe un hecho causante de discriminación que requiere una intervención normativa y, por tanto, cuándo en la ponderación del principio de libertad de negociación y el principio de no discriminación, debe sacrificarse el primero» (pp. 18 y 19); determinado lo anterior, el autor se ocupa también de individualizar los remedios jurídico-civiles adecuados para proteger a la parte que ha sufrido la discriminación. Las preguntas centrales de la monografía son, pues, las siguientes: (i) ¿cuándo existe una discriminación en alguna de las tres fases de la contratación que justifica la reacción del ordenamiento jurídico privado?; y (ii) ¿cuáles son los remedios contractuales más adecuados para proteger al sujeto discriminado?

El libro se divide en cuatro capítulos: 1. Eficacia y alcance del principio de no discriminación; 2. Relevancia del principio de no discriminación en materia contractual; 3. Derecho contractual, discriminación y remedios; y 4. Contrato y principio de igualdad. La conclusión de la obra (desarrollada en el último capítulo) es que debe producirse una neofuncionalización del contrato, un «replanteamiento general de la categoría de contrato» (p. 19).

Mi reseña se dividirá en cuatro partes que, sin embargo, no siguen necesariamente el orden del libro: me referiré, primero, a la fundamentación dogmática que emplea el autor para resolver el problema jurídico planteado; a continuación explicaré cuál es la delimitación del objeto de estudio del libro, esto es, a qué relaciones jurídico privadas en particular presta atención el autor; en tercer lugar, desvelaré en qué casos, a juicio de Barba, «en la ponderación del principio de libertad de negociación y el principio de no discriminación, debe sacrificarse el primero» (p. 19); en cuarto lugar, me detendré en cómo aplica el autor los remedios contractuales con el fin de proteger al sujeto discriminado. Terminaré con una valoración final de la obra.

La fundamentación dogmática. Barba defiende la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales (y, en concreto, del principio de no discriminación) entre los particulares (Capítulo I y, específicamente, p. 27), esto es, la directa oponibilidad de los derechos fundamentales frente a otros particulares, sin necesidad de la mediación del legislador. Se separa, así, de las otras dos teorías que se han mantenido al respecto: la que defiende una eficacia horizontal mediata de los derechos fundamentales entre particulares, lo que en otras palabras significa que será siempre necesaria la interposición del Estado entre los particulares para asegurar dicha eficacia⁷; y la que argumenta que los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza: de prohi-

⁷ Como recientemente se ha explicado, «La *Drittwirkung* alude a la posibilidad de que los derechos fundamentales no vinculen solamente a los poderes públicos (art. 53.1 CE) (eficacia vertical), sino también a los particulares (eficacia horizontal). Salvo contadas excepciones, la doctrina admite que los derechos fundamentales tienen algún tipo de eficacia horizontal, de vigencia social, aunque ello pueda implicar consecuencias distintas para poderes públicos y particulares. Las discrepancias surgen a la hora de explicar por qué (cómo) y en qué medida operan los derechos fundamentales en las relaciones inter privados. Para ello hay dos grandes corrientes doctrinales que postulan la eficacia mediata o inmediata, respectivamente, de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares». J. CASTILLO, *Los servicios de cuidados integrales. El Derecho público de los servicios a personas especialmente vulnerables: hospitales y residencias de mayores*, tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Madrid, 2023, p. 128, § 350 (original amablemente facilitado por el autor).

bicciones de injerencia y de mandatos de protección, ambos dirigidos a los poderes públicos.

Para fundar su opción dogmática el autor se apoya en dos pilares argumentativos: por un lado, en las disposiciones normativas más relevantes que relacionan directa o indirectamente el principio de no discriminación con el contrato; por otro lado, en la configuración del principio de no discriminación como un principio normativo.

La primera línea argumental adolece de cierta debilidad. Y así, no basta, a mi modo de ver, con una enumeración de las normas que recogen el denominado «Derecho antidiscriminatorio», seguida de una afirmación contundente como la que podemos encontrar en las pp. 26 y 27:

«[las normas que individualiza] demuestran inequívocamente que este deber de no discriminación es un principio-valor de todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos; que es, además, relevante no solo en las relaciones verticales, es decir, en las relaciones entre el Estado y el ciudadano, sino también, y por lo que aquí interesa, sobre todo, en las relaciones horizontales [...] confirmando su aplicación directa, incluso sin la mediación de una norma reguladora preexistente».

El lector no acierta a comprender dónde se encuentra esa «*demonstración inequívoca*» de la «*aplicación directa, incluso sin la mediación de una norma reguladora preexistente*»; antes bien, se formula preguntas que no encuentran contestación en la monografía que tiene entre sus manos. Valga como muestra un botón: ¿por qué es inequívoco que el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE)⁸, el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁹ y el artículo 51 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE¹⁰ (todos ellos mencionados por Barba) son directamente aplicables entre particulares? Ciertamente todos ellos recogen la prohibición de discriminación, pero ¿no son, acaso, valores que informan la actuación de la UE y cuyo respeto se exige a sus Estados miembros (en el momento de su ingreso en la UE y durante su pertenencia a ella) (art. 2 TUE); la base jurídica que permite a la Unión Europea (UE) tomar medidas (art. 19 TFUE); el canon de

⁸ Artículo 2 TUE: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres».

⁹ Artículo 19.1 TFUE: «Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

¹⁰ Artículo 51.1 Carta de los Derechos fundamentales de la UE: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.»

legalidad para cualquier actuación de *las instituciones de la UE y de los Estados Miembros* cuando estén aplicando el Derecho de la UE (art. 51 Carta)?

El lector también se siente algo confundido en ciertos pasajes de la lectura. Por ejemplo, cuando en la p. 25 se mencionan disposiciones de algunos textos de *Soft Law*: pareciera que recogen el principio de no discriminación y, sin embargo, como el propio autor advierte en nota al pie, algunos de ellos (en concreto, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, el Código Europeo de Contratos y los Principios UNIDROIT) «*no se refieren expresamente a este principio, sino a los principios de buena fe, equidad y razonabilidad*» (nota 37).

La segunda línea argumental utilizada por Barba para fundamentar la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales la explica del siguiente modo:

«[la prohibición de discriminación] es un principio normativo, es decir, un principio que encuentra su fuente en el ordenamiento jurídico en su conjunto [...] que tiene relevancia jurídica por estar recogido en una norma jurídica, que, además, tiene carácter imperativo. Es decir, existe una norma, explícita o implícita, de relieve constitucional y de carácter imperativo, que expresa este principio valor. [...] Todo acto jurídico tiene que ser conforme a las normas imperativas y prohibitivas» (pp. 28 y 29).

El párrafo reproducido, sin embargo, no conduce necesariamente, a mi modo de ver, a la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales.

Cuando nos preguntamos por la fundamentación dogmática de la solución al conflicto jurídico planteado, cabe esperar también dos informaciones que resultan difíciles de encontrar en el libro: primera, ¿por qué al autor no le convencen las otras dos teorías existentes sobre el tema (y a las que ya me he referido más arriba)?; segunda, ¿cuál es el estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia?.

Respecto de la primera cuestión, falta, incluso, una explicación de la existencia de otras teorías al margen de la defendida por Barba: el profesor italiano se conoce muy bien el tema y quizás ese amplio discernimiento le impida empatizar con el lector poco familiarizado con la materia, que necesitaría un panorama de cuáles han sido las aristas de la discusión, eminentemente doctrinal, que se ha producido al respecto. Por lo demás, el esfuerzo argumentativo que realiza en las páginas 30 y 31 para justificar que la eficacia de los derechos fundamentales no puede ser solo vertical (individuo-Estado) no parecía necesario cuando «[...] existe amplio acuerdo respecto a que los derechos fundamentales han de tener algún tipo de vigencia social en el sentido genérico de que los particulares deben gozar de algún tipo de protección en el ejercicio de sus derechos fundamentales frente a su no reconocimiento por parte de otros particulares [...]»¹¹.

Pasando ya al segundo interrogante, el lector no encontrará aquí una explicación del estado actual de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia españolas. En otras palabras, la pregunta ¿cuál de las tres teorías posibles existentes sobre la vigencia social de los derechos fundamentales es la actualmente dominante en el ordenamiento jurídico español? queda sin contestar o, a lo más, difusamente contestada. Así, por ejemplo, se citan la STS de 20 de

¹¹ ALFARO, *op. cit.* 1993, p. 58.

abril de 2011 (p. 27, nota 42) o las SSTC 200/2001, de 4 de octubre y 27/2004, de 4 de marzo (p. 32, nota 57), como «*resoluciones importantes*», pero sin llegar a vislumbrarse bien dónde reside su importancia; y no he podido encontrar, sin embargo, pronunciamientos como la STC 98/2000, recientemente citada como ejemplo de la inclinación del sumo intérprete de la Constitución hacia la teoría de la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales¹².

Las concretas relaciones entre particulares analizadas. Conviene hacer diversas precisiones para acotar convenientemente el objeto de estudio de la obra.

El conflicto entre derechos fundamentales en las relaciones entre particulares puede proyectarse en dos grandes grupos de ámbitos en función de si hay o no regulación autónomo-privada por los particulares¹³.

Y así, no la hay en los casos de responsabilidad civil extracontractual conflictivos en que aparezcan involucrados derechos fundamentales: piénsese en el supuesto típico (precisamente por ello regulado por el legislador¹⁴) de colisión entre los derechos fundamentales al honor, a la intimidad o a la propia imagen y otros derechos fundamentales como el derecho a la información o la libertad de expresión. De estos casos no se ocupa Barba en su monografía, como, por otro lado, cabe intuir fácilmente a partir del título de la obra (*Principio de no discriminación y contrato*).

Situados en el segundo ámbito (supuestos conflictivos en que existe una regulación autónomo-privada por los particulares), cabe distinguir, a su vez, varios grupos de casos:

Primero, el negocio testamentario que, como bien señala García Rubio en el prólogo «*en su relación con el principio de no discriminación plantea interesantísimas cuestiones*» (p. 10). El profesor italiano, a pesar de ser un reconocido especialista en Derecho sucesorio decide, a mi juicio con buen criterio, dejarlo fuera de su objeto de estudio en esta ocasión.

El segundo grupo de casos en que puede producirse el conflicto entre derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas habiendo regulado los particulares su relación es el contrato en sentido amplio. Y en este grupo, junto al contrato civil del artículo 1261 CC (contrato en sentido estricto), se incluyen las asociaciones y el contrato de trabajo, que presentan particularidades propias por varias razones, de las que aquí bastará recordar dos: por un lado, y en lo que se refiere a las asociaciones, por la posible colisión con otros derechos fundamentales de los asociados, como el propio derecho fundamental de asociación, reconocido en el artículo 22 CE, y cuyo contenido esencial posibilita a los socios seleccionar a sus consocios¹⁵; por otro lado, y centrándonos ahora en las relaciones laborales, no hay que olvidar que estas se caracterizan por el desequilibrio entre las dos partes (empresario y trabajador), equiparable a la situación en que se encuentra el individuo respecto del Estado, lo que ha justificado un mayor impacto del principio de no discriminación en estas relaciones jurídico-privadas.

Pues bien, como el propio autor advierte expresamente al comienzo de la obra, no va a ocuparse ni de la asociación, ni del contrato de trabajo, sino que va a centrarse en la contratación civil en sentido estricto:

¹² CASTILLO, *op. cit.* 2023, p. 230, nota 243.

¹³ Que ya distinguió en su momento ALFARO, *op. cit.* 1993, p. 87.

¹⁴ En 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.

¹⁵ ALFARO, *op. cit.* 1993, p. 115.

«[M]e propongo –afirma en la página 16– investigar solamente las interferencias del principio de no discriminación con el contrato de derecho civil».

Es de advertir (sin que ello suponga en absoluto un demérito del libro) que a veces Barba no puede evitar no ser fiel a su propia advertencia, pues a lo largo del libro encontramos ejemplos que se deslizan hacia lo laboral: me refiero al caso, resuelto por la *Corte di Cassazione* en la sentencia de 15 de diciembre de 2020, del profesor universitario italiano que declaró explícitamente que nunca contrataría a un homosexual (p. 51) o el de la norma que obliga a las empleadas a llevar el pelo recogido, lo que discriminaría a aquellas que, por motivos religiosos, utilizan *hijab* (p. 52).

El libro, pues, se centra en el posible conflicto que puede surgir entre el principio de no discriminación y el de autonomía privada en la contratación civil, dentro de la cual Barba no realiza más distinciones. Pero cabe preguntarse si no habría sido conveniente que hubiera hecho alguna o, al menos, las dos siguientes que avanzo inmediatamente.

En primer lugar, no hay que olvidar que hay quien afirma que no todos los hechos discriminatorios pueden tratarse igual¹⁶; y no les falta razón pues, a mi modo de ver, es razonable distinguir aquellos casos en que el hecho discriminatorio ha servido históricamente para determinar el *status* jurídico de las personas o pone en peligro la participación de un determinado grupo en la sociedad (piénsese en el sexo o en la raza), de otros en los que así no ha sido (por ejemplo, la edad). No es casualidad, de hecho, que las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE se refieran específicamente a la raza, el origen étnico, el sexo o el género. El profesor italiano, sin embargo, adopta una perspectiva completamente distinta, como se desprende de las siguientes palabras:

«En cuanto a los factores de riesgo, está claro que, aunque es muy fácil identificar los más comunes y también agruparlos en categorías más o menos generales, es esencial evitar enumerarlos exhaustivamente, porque constituyen una realidad líquida que evoluciona constantemente. No cabe duda de que estos factores incluyen todos los rasgos que caracterizan a la persona y, por lo tanto, la etnia, el sexo biológico, la identidad de género, la expresión de género, la orientación sexual, la discapacidad, las enfermedades, la edad, pero también todas las expresiones de las libertades fundamentales, como la fe religiosa, la orientación política y, en general, otra condición o circunstancia personal o social./Los factores de riesgo están en constante evolución, por lo que es posible incluir otros nuevos en relación con el progreso de la conciencia social y la forma en que una determinada comunidad reacciona en determinadas circunstancias». (pp. 35 y 36).

A la vista de lo anterior, no sorprende, entonces, que Barba prefiera, frente a la opción de las Directivas europeas mencionadas, la adoptada por el

¹⁶ Para García Rubio, por ejemplo, el sexo y la discapacidad deben tratarse de manera autónoma: «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado*, García Rubio y Valpuesta Fernández (Dirs.), López de la Cruz y Otero Crespo (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 1078.

legislador español en la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación, que contempla una cláusula general en el artículo 2.1 enumerando todos los posibles hechos discriminatorios:

«[...] Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

«Esta debería ser –afirma el autor en la p. 181– la forma de abordar la cuestión de la igualdad y la no discriminación».

Además de distinguir, dentro de la contratación civil, los casos en función del hecho discriminatorio, creo que también merecen un tratamiento separado los referidos al

«[a]cceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar» y al «[a]cceso y permanencia en establecimientos o espacios abiertos al público [...]».

Lo reproducido se corresponde con las letras (k) y (l) del artículo 3 de la ya citada Ley 15/2022, precepto que se ocupa del ámbito objetivo de aplicación de dicha ley. Y si el legislador otorga un tratamiento diferenciado a esos casos, haciendo prevalecer el principio de no discriminación frente al principio de autonomía privada en ellos, las preguntas que surgen son innumerables: ¿significa que solo en esos casos prevalece el principio de no discriminación? Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ¿ha obrado bien el legislador? ¿O, por el contrario, la prevalencia del principio de no discriminación en la contratación privada no debería limitarse solo a dichos supuestos? Y si es esta última la respuesta correcta, entonces, ¿acaso no sería inconstitucional la ley? Estas preguntas no aparecen planteadas en la monografía, a pesar de que Barba considera «cuestionable» la opción del legislador (p. 184). De hecho, pareciera que para el autor el principio de no discriminación debería prevalecer sobre el de autonomía privada siempre. Pero esto nos lleva al siguiente apartado de esta reseña.

La prevalencia del principio de no discriminación sobre el principio de autonomía privada. Permítaseme recordar la pregunta que constituye el punto de partida de la obra:

«[¿]cuándo es posible afirmar que existe un hecho causante de discriminación que requiere una intervención normativa y, por tanto, cuándo en la ponderación del principio de libertad de negociación y el principio de no discriminación, debe sacrificarse el primero[?]»

La metodología seguida por el autor para responder a dicha cuestión es la siguiente: primero estudia cuándo, en términos generales, existe una discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico; a continuación, se fija en sus posibles manifestaciones en la contratación. Lo explica en la página 33 en los siguientes términos:

«Comprobar el alcance del principio de no discriminación requiere, en primer lugar, comprender qué es la discriminación y cuál es su fundamento, para establecer si puede, y en qué medida, surgir un problema de este tipo en materia contractual.»

La conclusión que parece desprenderse de la lectura de la obra es que cuando surge un problema discriminatorio en materia contractual hay que proteger al sujeto discriminado, a costa de la libertad contractual de la contraparte. No puedo más que disentir de esta conclusión. Pero antes de explicar las razones de mi discrepancia, expondré brevemente qué entiende el autor por discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico y cuáles son los casos por él individualizados en los que dicha discriminación se produce en alguna de las fases de la contratación.

En cuanto a lo primero, el autor explica, apoyándose en la regulación de origen europeo, que hay discriminación prohibida cuando existe una diferencia de trato injustificada por estar basada en el llamado «factor de riesgo», esto es, en «características, reales o presuntas, que definen la identidad o rasgos de una persona o de un grupo y que les exponen, precisamente, al riesgo de ser tratados de forma menos favorable» (p. 34). La diferencia de trato estará objetivamente justificada cuando se adopte por medios adecuados, necesarios y proporcionados en relación con los intereses en juego (pp. 33 a 40).

El capítulo 2 se dedica a demostrar que en todas las fases del contrato puede surgir un problema de discriminación en los términos anteriormente explicados (diferencia de trato injustificada por estar basada en un factor de riesgo) y finaliza dedicando un epígrafe a una cuestión esencial, la prueba de la discriminación, en relación con la cual defiende una aplicación general de la inversión de la carga de la prueba de la discriminación, prevista en las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE solo para los casos regulados en ellas, a través del expediente de la analogía (pp. 95 a 105).

La labor de sistematización que nos ofrece el profesor italiano en este capítulo es encomiable y constituye, a mi modo de ver, uno de los valores de este libro. Tradicionalmente, el conflicto entre la prohibición de discriminación y la libertad contractual se ha venido analizando en la contratación civil distinguiendo dos grandes grupos de casos, correspondientes a las dos manifestaciones de la libertad contractual: la libertad de pactos (por ejemplo, A cobra un precio distinto a B por el mismo servicio por su raza) y la libertad de elegir al cocontratante (por ejemplo, A decide que no contrata con B por su raza). Sin embargo, Barba va más allá y distingue hasta cinco grupos de casos individualizando en cada uno de ellos cómo puede llegar a producirse la discriminación: y así, antes de estudiar las fases del contenido del contrato y de su ejecución, en la de formación del contrato el autor distingue la formación que se produce tras una oferta al público, la que es consecuencia de una negociación individual y la que sigue a una invitación a ofrecer.

Los casos con los que nos ilustra el autor son muy abundantes y sugerentes, pero reciben un tratamiento homogéneo que, a mi modo de ver, confunde al lector. Veamos algunos ejemplos.

Cuando en la página 51 afirma:

«[T]ambién son de sobra conocidas las numerosas ofertas públicas de arrendamiento para estudiantes universitarios, limita-

das explícitamente solamente a chicas o a ciudadanos o a familias sin niños o a personas que no tengan mascotas [...]»

al lector no le queda claro si son casos que deben recibir el mismo tratamiento que el supuesto citado en las líneas inmediatamente anteriores (el ya mencionado del profesor universitario que declara explícitamente su voluntad de no contratar a homosexuales).

Mención específica merece, por su carácter extremo y muy discutible, la construcción de la responsabilidad precontractual que pueda surgir como consecuencia de la vulneración de la prohibición de discriminación. Lo ejemplificaré con dos grupos de casos que aparecen en la monografía:

Primer grupo: en plenas negociaciones de un contrato de arrendamiento, el (potencial) arrendador las rompe porque se percata de que la otra parte es homosexual o simpatiza con un determinado partido político o pertenece a una religión que le disgusta. Para Barba esta ruptura de tratos preliminares daría lugar a responsabilidad por tratarse de una vulneración de la norma que obliga a las partes a comportarse de buena fe durante las negociaciones. Es más: según el autor, la ruptura de las negociaciones por discriminación no hace necesario, para el nacimiento de responsabilidad, que se cumpla el requisito tradicionalmente exigido de que se haya generado en la otra parte una expectativa legítima.

Segundo grupo: el potencial arrendador no quiere arrendar su piso a una persona por ser de raza negra o gitana o, tratándose de un arrendamiento en Italia, por ser estudiante español Erasmus¹⁷. Pues bien, en estos casos, el autor considera que existe responsabilidad precontractual porque el interés del perjudicado es el de participar en la negociación y no ser excluido *a priori*.

¿Son todos los casos expuestos igualmente insoportables? ¿Acaso no debería valorarse que los legisladores europeo y español dejan fuera de la normativa antidiscriminación con efectos para los particulares la contratación que se produzca dentro del «ámbito de la vida privada y familiar» [v. art. 3.1(k) Ley 15/2022]?

Pasando ya a la siguiente fase de la vida del contrato analizada por Barba (contenido), vuelve a llamar la atención el tratamiento homogéneo de casos que, a mi modo de ver, no deberían recibir la misma respuesta por parte del ordenamiento jurídico. Y así, el autor plantea que la regulación contractual es discriminatoria cuando la relación contractual es más desventajosa para una de las partes de lo que lo hubiera sido de no haber discriminación; y lo ejemplifica con (entre otros) los siguientes dos casos:

Primero: el arrendamiento celebrado a través de plataformas informáticas que proporcionan automáticamente un precio distinto a los extranjeros identificados por incluir un número de teléfono u otros datos que revelan inequívocamente el origen.

Segundo: la propietaria de tres inmuebles de idénticas características los arrienda a tres personas diferentes y uno de los tres contratos prevé condiciones peores para el arrendatario como resultado de una discriminación que no se puede justificar de ninguna manera.

En fin, y por lo que se refiere a la fase de ejecución del contrato, me limitaré a destacar solo uno de los ejemplos propuestos por el autor: el propietario de un edificio ha arrendado habitaciones a varios estudiantes y en la fase

¹⁷ La dificultad de los estudiantes españoles Erasmus para encontrar alojamiento en Italia ha sido real, tal y como informa Barba en la nota 118.

de ejecución discrimina a uno de ellos en función de un factor de riesgo, exigiéndole, según lo previsto en el contrato, el pago de forma estricta, mientras que con todos los demás estudiantes se muestra más flexible.

Puedo estar de acuerdo en que en los numerosos y sugestivos supuestos con los que Barba nos mantiene enganchados a la lectura del libro no hay un trato igualitario en la selección del cocontratante o en la regulación contractual, según el caso. Lo que no puedo compartir es que en todos esos casos el ordenamiento jurídico deba intervenir protegiendo al sujeto «discriminado». Y es que parece ser esta la tesis de Barba, como ya he anticipado, y como se desprende del siguiente párrafo situado en la página 40:

«Precisamente por ser un principio-valor, la prohibición impregna toda la materia contractual y su aplicación no pasa, como se podría pensar, razonando según esquemas legalistas y rechazando la teoría de la aplicación directa de los principios para acudir a las cláusulas generales de buena fe y orden público. Más sencillamente se aplica inmediata y directamente, ya que se trata de un principio establecido por una norma imperativa que impide tanto que el contenido del contrato sea discriminatorio, ya que se trataría de un contenido contractual contrario a una norma imperativa, como que el contenido de cualquier acto prenegocial, es decir, de cualquier acto perteneciente a las técnicas de negociación, pueda ser en sí mismo o tener un contenido discriminatorio; finalmente impide también que la ejecución del contrato sea discriminatoria».

Y si no comparto esta conclusión es porque no es el resultado de ninguna ponderación. En todos los casos mencionados hay un conflicto entre, por un lado, el derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación, recogido en el artículo 14 CE, y, por otro lado, la libertad contractual, cuyo engarce constitucional se ha querido ver, no solo en el artículo 10 CE (libre desarrollo de la personalidad), sino también en el artículo 1.1 CE, como concreción de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico consagrados en dicho precepto constitucional (la libertad)¹⁸. Pero el autor no se detiene a ponderar cuál de los dos debe prevalecer, sino que, por el contrario, ofrece un razonamiento que, probablemente, podría servir para analizar un caso en que la vulneración de derechos fundamentales se ha producido por parte del Estado, pero no para solucionar el conflicto que se produce entre dos particulares. A este propósito y tal y como señala García Rubio:

«No se debe olvidar, como nos recuerda R. Alexy, que en las relaciones *inter privados*, no se trata de enfrentar al titular de un derecho fundamental contra el Estado, sino de oponer a un titular de derechos fundamentales con otro titular de derechos fundamentales.»¹⁹

La pregunta que habría que formularse es en qué circunstancias las discriminaciones llevadas a cabo por los particulares pueden considerarse prohibidas. No se puede excluir sin más toda práctica discriminatoria privada. Por

¹⁸ ARAGÓN, «Art. 14», en *Comentarios a la Constitución Española*, tomo I, Conmemoración del XL aniversario de la Constitución, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y Casas Baamonde (Dirs.), BOE, 2018, p. 36.

¹⁹ GARCÍA RUBIO, *op. cit.* 2011, pp. 1078 y 1079.

el contrario, se impone la valoración de diversos factores, entre los que la doctrina más autorizada ha destacado la trascendencia social de la discriminación, la relación de dependencia, el hecho de que el particular que discrimina explote servicios de interés público o que la conducta sea vejatoria. El propio Alexy, en su conocida teoría de los principios, requiere el cumplimiento del principio de proporcionalidad a fin de que las limitaciones de la libertad de contratación que puedan conllevar las medidas adoptadas por el legislador para poner fin a la discriminación sean constitucionales²⁰.

En fin, al lector le habría gustado también conocer la opinión de Barba sobre otras construcciones que se han defendido para cohonestar adecuadamente los principios de no discriminación y de autonomía privada: baste citar aquí las que se apoyan en las cláusulas generales del Derecho Privado y, en particular, en los límites a la renunciabilidad de los derechos por contrato (cfr. arts. 6.2 y 1255 CC) o en el ejercicio abusivo del derecho (art. 7.2 CC).

La aplicación de los remedios contractuales para la protección del sujeto discriminado. En el capítulo tercero Barba busca «[a]veriguar qué remedios pueden ensayarse en el Derecho contractual contemporáneo, en el supuesto de vulneración del principio de no discriminación» (p. 113).

Aplica el autor la teoría de los remedios, sobradamente conocida en el ámbito de la responsabilidad contractual (en sentido amplio) y que significa, como es bien sabido, que identificado un supuesto de hecho único (el incumplimiento del contrato), el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor un abanico de remedios, cada uno con sus propios requisitos de aplicación, dirigidos a la satisfacción de su interés (la pretensión de cumplimiento, la indemnización de daños y perjuicios, la resolución del contrato y la reducción o la suspensión de la propia contraprestación). Pues bien, trasladada la teoría de los remedios al objeto de estudio de la monografía, el supuesto de hecho único estaría constituido por la infracción del principio de no discriminación y los remedios serían la imposición de la obligación de contratar, la nulidad del contrato, la nulidad parcial del contrato, la modificación del contrato conforme a la buena fe y a la equidad y la indemnización de los daños y perjuicios.

En esta parte de la obra se aprecia el sólido conocimiento del autor del Derecho de contratos español y su admirable creatividad jurídica. Esta última se nota claramente cuando explica que los casos en los que una oferta al público excluya injustificadamente a determinadas personas, si una de esas personas «excluida» quisiera celebrar el contrato, el remedio jurídico no sería, como tendería a pensarse, la imposición del contrato a la otra parte, sino la nulidad de la cláusula que discrimina por ser contraria a una norma imperativa. Por tanto, concluye Barba, si la persona excluida aceptara la oferta al público, el contrato estaría ya celebrado (p. 140).

La construcción de los remedios ofrecida por el autor sigue la estela de voces doctrinales autorizadas²¹ y se realiza con el objetivo de lograr la más adecuada protección del sujeto que ha sufrido la discriminación, sin tomar en consideración, a mi modo de ver, los intereses de la otra parte, cuyos derechos, no lo olvidemos, están en conflicto. Y así, aunque Barba invoca los principios de adecuación, proporcionalidad y razonabilidad en la aplicación de los remedios (p. 112) no es lo que, creo, se desprende, de su construcción.

²⁰ Sobre ello, ampliamente, AGUILERA, *op. cit.* 2013, en particular, pp. 82 y 83.

²¹ Fundamentalmente, García Rubio, Infante Ruiz o Vivas Tesón.

Lo anterior se aprecia claramente cuando se refiere a la nulidad parcial: en la monografía se defiende que a la hora de establecer si el contrato se habría celebrado o no sin la cláusula nula (lo que decidirá si el contrato subsiste o no), debe atenderse únicamente al criterio del sujeto discriminado ya que «*para la parte que discrimina, la nulidad de la cláusula o parte del contrato discriminatorio es siempre esencial y, por tanto, la nulidad de dicha cláusula debería siempre conducir a la nulidad del contrato*» (p. 129).

La inclinación de la balanza hacia el titular del derecho fundamental a la igualdad queda también patente en la construcción del remedio de la modificación del contrato, como bien demuestran las siguientes palabras:

«no debe pensarse que se trata de un remedio exclusivamente vinculado a la nulidad parcial del contrato, ya que bien puede hacerse uso de este remedio también en los casos en que no hay nulidad y, sin embargo, teniendo en cuenta el interés de la parte discriminada, la modificación parece ser lo más adecuado» (p. 131).

El autor ilustra su opinión con el siguiente ejemplo:

«en el caso de un contrato que prevea un precio superior al habitual por razones discriminatorias, es fácil corregirlo reduciendo el precio, o en el caso de un contrato que prevea un plazo inferior o superior al habitual para el ejercicio de determinados poderes y facultades, la corrección se efectúa restableciendo el plazo al habitual». (p. 131)

A la vista de todo lo anterior, no sorprende tampoco que el autor se muestre favorable a las indemnizaciones de tipo punitivo «*en casos de conductas intencionadas o reiteradas*».

Más equilibrada es, a mi juicio, la delimitación de los casos en que será posible imponer la obligación de contratar, lo que procederá, según el autor, «*cuando la parte discriminada no tenga acceso al bien o servicio de forma equivalente mediante la celebración de un contrato sustitutivo*» (p. 144) y siempre y cuando el contenido del contrato esté preterminado.

Valoración final. La monografía de Barba ofrece un panorama completo y sistemático de todas las posibles manifestaciones de la discriminación en el contrato y de los remedios jurídico civiles que el sujeto discriminado podría tener a su disposición (individualmente o, incluso, de manera colectiva, haciendo uso de la protección de las medidas inhibitorias a las que el autor dedica también unas páginas [166 a 180]). Solo por este hecho el libro merece ser leído.

Ahora bien, como creo que ha podido desprenderse de las páginas anteriores, no comparto muchas de las tesis defendidas por el autor, incluida la central de la obra: un replanteamiento general de la categoría de contrato en el que asume un papel central la prohibición de discriminación, como límite a la autonomía privada.

El autor es consciente de las resistencias que puede encontrar su tesis y es por ello que el último capítulo lo dedica a tratar de convencer de que «*[e]l contrato sigue siendo, ineludiblemente, el lugar de la autonomía privada*» (p. 191), que «*[l]a palabra funcionalización no debe asustar*» (p. 193) y que «*al hablar de funcionalización, no se pierde la certeza del derecho*» (p. 196).

Sin embargo, al finalizar la lectura del libro, la civilista que llevo dentro queda asustada, pues los mensajes que, a mi modo de ver, se desprenden de la monografía son: que los particulares no pueden discriminar nunca en sus relaciones con otros particulares, por muy privadas que estas sean; que la autonomía privada no está limitada por la prohibición de discriminación en un juego de ponderación de principios en juego, sino absolutamente subyugada por ella; y que la certeza del Derecho se tambalea cuando las construcciones dogmáticas del Derecho civil se ponen al servicio de la protección del sujeto discriminado, como si no existieran otras ramas del ordenamiento jurídico que pudieran cumplir ese objetivo de manera más adecuada.

No puedo finalizar esta reseña sin dejar constancia de que si he manifestado mi discrepancia es porque el autor me merece el mayor respeto intelectual y porque el tema elegido, por su altura e importancia, creo que es digno de una reflexión que vaya más allá de un mero resumen.

Beatriz GREGORACI
Profesora titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

MARÍN SALMERÓN, Andrés: *El defecto de diseño en los productos digitales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 309 pp.

El libro objeto de la presente recensión, publicado por la editorial Aranzadi en el año 2023, es fruto del trabajo de investigación doctoral de su autor, desarrollado en las Universidades de Murcia y Bolonia, y de cuya realización da cuenta quien fue director de la tesis, al alimón con la profesora Planas Arnaldo, el profesor Ataz López.

La monografía lleva por título *El defecto de diseño en los productos digitales*, lo que de entrada permite deducir que se trata de un trabajo con un contenido muy vinculado a los nuevos retos del Derecho en un mundo cada vez más digital. Es tema actual y práctico, lejano de otros en exceso trillados que abundan en la investigación jurídica. Hay que reconocer, por consiguiente, el coraje de su autor al abordar una cuestión tan compleja, controvertida y en la que se entremezclan elementos jurídicos, tecnológicos y productivos.

Una mera ojeada al libro permite al lector comprobar, desde un primer momento, que se trata del resultado de un trabajoso proceso de recopilación, estudio y análisis de una temática cuyo examen, por los motivos anteriormente expuestos, entraña numerosos riesgos para el jurista. El defecto de diseño es de esos segmentos de la ciencia jurídica que sólo puede ser observado desde un prisma transversal, ya que debe abordarse desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, la responsabilidad civil extracontractual y el avance de las nuevas tecnologías. Se manejan con soltura esas categorías, superando incluso las prevenciones que algunos mantenemos hacia los temas que nos suenan en abundancia a la moda.

La investigación presenta orden y una estructura equilibrada, dividida en seis capítulos, sin que existan entre ellos descompensación en fondo o forma. Es muy de agradecer que los tres primeros capítulos se desarrollen con un perfil introductorio, casi propedéutico, del tema principal. Ello permite al lector adentrarse paso a paso, y sin excesivas complicaciones, en conceptos

que le pueden resultar desconocidos, tales como productos digitales o defectos de diseño. Cuán importante es, por otra parte, no desdeñar tampoco –como así sucede en este caso– la evolución histórica normativa.

El objetivo fundamental del libro, a la vista del excelente resultado, es dar un tratamiento integral del defecto de diseño en los productos digitales. Dicha finalidad se alcanza mediante la indagación de su estado actual, de sus nociones generales y de su conjunción con la normativa europea. Se hace descansar la investigación sobre unas notas iniciales para proceder en los siguientes bloques a explicar con minuciosidad los aspectos más importantes de su regulación y su aplicación.

Cabe reseñar que no se afrontan exclusivamente los tradicionales problemas en torno a los productos defectuosos, sino que también se incide, con la profundidad necesaria, en el componente digital. Todo ello, además, se aborda con un calculado aderezo proveniente de unas muy bien seleccionadas referencias a la prolija doctrina, normativa y jurisprudencia europea existente al respecto. Siempre resulta reconfortante encontrarse con unas ideas bien trabajadas, con un potente aparato bibliográfico y con afán didáctico, convirtiendo en sencillo lo verdaderamente complejo.

En los primeros capítulos que, como se señalaba anteriormente, tienen una naturaleza más bien introductoria, se realizan unas consideraciones generales para enmarcar el tema. Concretamente, se muestran una serie de premisas sobre productos digitales, idea y defecto de diseño, así como del desarrollo normativo de los defectos de diseño en los productos defectuosos. Se trata de un apartado muy formativo y que sirve para aproximarse adecuadamente al asunto de fondo.

En los capítulos cuarto y quinto el Dr. Marín Salmerón despliega todo su potencial. Ambos constituyen el núcleo gordiano del trabajo. A través de ellos se expone, con visión práctica, las problemáticas del momento, pero sin olvidar pasados interrogantes todavía sin cerrar. No se obvia nada, se detalla todo con pulcritud y exigencia, sin que haya resquicio alguno para la oscuridad dogmática. Varios epígrafes se destinan al comentario de casos concretos y bien conocidos por la doctrina sobre productos defectuosos. En el último capítulo, se diserta con buen conocimiento sobre la aplicación de los riesgos del desarrollo en los productos digitales y su conexión con los defectos de diseño.

El proceso trifásico de producción actual presenta pues una nebulosa jurídica que debe abordarse desde la perspectiva del daño, la seguridad y la responsabilidad. Lejos ha quedado el arcaico sistema productivo de perfil artesanal. La nueva configuración de las relaciones jurídicas en el ámbito comercial y empresarial ha dado paso a una verdadera globalización del mercado. Ello supone un gran avance en términos de oportunidades, pero también de riesgos. Es algo que el Derecho debe seguir considerando. Es labor de los juristas actualizar las normas a los trances que se pueden plantear.

La regulación en materia de productos defectuosos ha tenido, a pesar de todos los cambios inferidos, una buena resistencia al devenir de los acontecimientos científicos y tecnológicos. Sin embargo, el *iter* de digitalización que desde hace algún tiempo venimos padeciendo merece una serena reflexión acerca de la pertinencia de las normas comunitarias y de su vigencia para dar respuesta a las singularidades de los defectos de diseño y productos no seguros.

Es fácil llegar a la conclusión –y eso es un logro reconocible al propio autor, que lo desliza casi sin posibilidad de disenso–, de que el punto de partida de los cambios normativos sobre responsabilidad por daños debe alcanzar también a los daños por tecnologías emergentes. Así, es el legislador

européico quien debe estar atento a los vientos que soplan, para que la administración de justicia –lo que no olvidemos, es lo que persigue el Derecho– cuente con todas las herramientas necesarias para resarcir los daños de bienes y servicios digitales.

No obstante, el abuso en este contexto, ya de por sí enrevesada, del término *digital* debería suponer el cuestionamiento de su verdadera concepción y alcance. Es, en este punto del trabajo, donde se echa en falta quizá algo dedicado a la clarificación de la digitalización. Da la sensación de que cualquier elemento, figura o proceso que implique el uso de un instrumento electrónico lleva aparejado, de forma automática, el adjetivo de digital. No todo lo digital es electrónico, ni todo lo electrónico es digital, a efectos jurídicos. Conveniría pues que se hubiese reservado una parte de su estudio a todo ello, no desde el Derecho positivo sino desde las olvidadas categorías.

Hubiese sido deseable también que otro apartado de la obra, e incluso un capítulo, estuviese dedicado a una propuesta *lege ferenda*. Bien es cierto que esto entraña suma dificultad y, habida cuenta de la naturaleza de la materia, podría constituir un desafío casi inabarcable. En todo caso, debe estimarse como muy conveniente que todo jurista ofrezca, al margen de una visión crítica del estado actual de las cosas, una opinión bien fundamentada *ad futurum*. Lo importante no es, ni mucho menos, acertar, sino plantearse los múltiples escenarios y apostar por aquel que pueda responder mejor a los problemas reales de la sociedad.

Vivimos tiempos difíciles, también para el Derecho Civil. El Código sigue aferrado de alguna manera al siglo XIX y no es claro que se vaya a lograr la, por algunos ansiada, recodificación, que además es posible deba producirse en circunstancias de mayor consenso y estabilidad legislativa. La armonización europea de los diferentes ordenamientos es otra de las tareas pendientes. Esta obra es muestra de que algunas directivas comunitarias, pioneras en su momento, también precisan una puesta al día, como acertadamente se advierte. Los peligros son los habituales cuando hablamos de técnica legislativa: redacción confusa, imprecisión terminológica, hiperregulación disfuncional.

En coyunturas nada halagüeñas surgen éxitos como el presente estudio. Todo buen civilista que se precie no puede más que saludar, por su originalidad y calidad, esta obra. En definitiva, se trata de una excelente monografía que responde a un desafío actual sin caer en clasicismos innecesarios ni en planteamientos alambicados.

Borja DEL CAMPO ÁLVAREZ
Profesor ayudante doctor de Derecho civil
Universidad de Oviedo

RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: *La estructura de la restitución contractual*, BOE, Madrid, 2023, 720 pp.

La editorial del BOE viene publicando desde hace años una colección de Derecho privado que ha alcanzado justo prestigio en el ámbito del Derecho civil español. A elementos formales y comerciales que la hacen particularmente atractiva, como es la cuidadosa edición de las obras y la difusión paralela en papel y en sistema de acceso abierto en la red, ha unido la propia valía

de las obras publicadas, muchas de ellas centradas en parcelas particularmente vivas del Derecho civil, como es el Derecho de obligaciones. Son ya más de veinticinco los títulos que han visto la luz, y la colección parece consolidada, pues el ritmo de edición es creciente.

Dentro de esa serie ha aparecido hace unos meses el libro que es aquí objeto de recensión, y que destaca particularmente dentro de la ya mencionada calidad general de los volúmenes publicados. El trabajo se presenta como una obra amplia, bien planeada y construida sobre un objeto especialmente complejo del Derecho de obligaciones español, el sistema restitutorio derivado de la ineficacia contractual. La documentación es minuciosa, las soluciones ponderadas, y la obra tiene mucho de construcción histórica y de Derecho comparado. El lector puede quedar sorprendido cuando casi en primera página lea que el libro es resultado de la tesis doctoral de su aún joven autor, defendida en la Universidad autónoma de Madrid y realizada bajo la dirección de los profesores Morales Moreno y Fenoy Picón, que prologan el libro. Voy con ello a entrar ya, sin más preámbulos, en la tarea de recensión, dejando para el final del texto otras consideraciones.

Cualquier jurista medianamente avisado sabe la dificultad que entraña el sistema de restitución consecuencia de la ineficacia contractual. El Código civil, realmente, no lo diseña, sino que más bien parece suponerlo sobreponiendo una regulación a otra, provocando así que los autores se hayan visto enfrentados al hecho de que existan múltiples posibles soluciones dentro del Código que pueden invocarse para ordenar esa retroacción: las normas posesorias de los artículos 453 y siguientes, las posibles reglas de las condiciones aplicables quizá al remedio resolutorio allí situado, las escasas normas que a ello dedica la rescisión, la regulación que los artículos 1303 y siguientes prevén para los casos de nulidad, y aún las normas restitutorias resultado del ejercicio de las acciones edilicias o las recogidas en los artículos 1895 y siguientes para el caso del pago de lo indebido—y esto, cuando no quieren invocarse regulaciones algo más peregrinas, pero también a veces sugeridas, como pueden ser las de los censos o la retroventa—. Esa disparidad normativa, no exenta de divergencias valorativas, ha sido objeto de atención por la doctrina, que bien puede decirse que ha tomado postura en torno a dos diferentes posiciones: los que han preferido pensar que cada forma de ineficacia contractual engendra su propio sistema restitutorio, y los que tendemos a entender que al menos el régimen de la nulidad, resolución y rescisión son, cuanto menos, paralelos. Pues bien, puede decirse que Ruiz Arranz representa una posición nítida y hasta radical de esta segunda postura, pues realmente pretende construir—y hay que decirlo: lo consigue—un régimen totalmente unificado de restitución contractual. La duda que queda en el aire, y sobre la que volveré, es si su voluntad de lograr unos resultados unitarios no le lleva a veces a forzar un tanto las propias instituciones objeto de estudio y los resultados a los que conducen.

La obra, lo he dicho, es de construcción amplia y porte noble. El intento del autor de sistematizar las restituciones resultado de la ineficacia contractual parte de lugar alejado del objetivo, tal como haría un buen médico que acotase de lejos la superficie de la herida. Los dos primeros capítulos son históricos, y creo que marcan el altísimo nivel que ya mantiene todo el trabajo. En ellos Ruiz Arranz empieza a diseñar el que, junto al esquema unitario de la restitución antes citado, representa el otro postulado clave de su trabajo: que la mencionada restitución debe ser «neutra», es decir, dirigida a recuperar el *status quo ex ante* mediante una relación sinalagmática regida por el principio de reciprocidad. A su juicio, por tanto, ni la buena o mala fe del deudor de la

restitución, ni la apreciación o no de culpa, y ni siquiera la presencia o no de enriquecimiento deben variar en modo alguno la medida restitutoria. Se debe en consecuencia rechazar la integración de las normas restitutorias con las posesorias o las del enriquecimiento, y retornar a un sistema «puro», de base legal, en el que la vieja acción de *restitutio in integrum* no se vea perturbada por elementos exógenos. El lector podrá pensar que el análisis histórico resulta a veces menos claro o innecesario para la finalidad buscada. Pero reconozco que el esfuerzo historiográfico que realiza el autor responde a mis propias preferencias, y sigo pensando que nada es tan curativo contra los vicios del ramplón positivismo hoy imperante como una inmersión en la historia.

Los capítulos tercero, cuarto y quinto son de corte comparado y abordan fundamentalmente el Derecho de restituciones alemán, francés y el diseñado en los textos de Derecho unificado, realizando asimismo un breve excursus por el Derecho inglés. Los capítulos que integran esta parte constituyen, por tanto, casi un breve tratado de Derecho de restituciones en Europa, y son muestra de la solvencia con que Ruiz Arranz se mueve en textos extranjeros. Al autor le gusta el Derecho alemán, y ha aprendido en él, y con la mejor escuela, como luego se dirá. Pero precisamente por ello es consciente de la grave insuficiencia de ese sistema restitutorio, que se ha visto obligado a laborar sobre un terreno minado por las soluciones en exceso dogmáticas diseñadas por Savigny: el principio de abstracción, con su disociación entre validez contractual y transmisión de la propiedad, y la consiguiente remisión de las cuestiones restitutorias a la teoría del enriquecimiento sin causa han forzado a la doctrina alemana, quizá la mejor del continente, a buscar soluciones rectas con elementos torcidos. Los resultados son en buena parte asumibles, más aún tras la reforma del BGB de 2002, que tanto incidió en las restituciones derivadas de resolución. Pero ni el sistema es unitario ni sus bases parecen bien puestas, por más que se ha ido logrando evitar, con mucha construcción académica, la excesiva infección de elementos valorativos exógenos en el sistema restitutorio. Del sistema francés, tras la reforma de 2016, el autor parece pensar lo contrario: la practicidad habitual de los juristas franceses consigue resultados generalmente asumibles y un diseño unitario, pero falta una base teórica que sirva de guía a las soluciones concretas. Por ello, a veces se entremezclan en ese sistema decisiones menos coherentes, pues aparecen inficionadas por ideas de enriquecimiento o de indemnización. Bien podría decirse que Ruiz Arranz querría, por tanto, que el Derecho español alcanzase las soluciones generalmente adecuadas del legislador francés, pero a través de un armazón conceptual que pudiera compararse al del Derecho alemán. Los textos unificados más recientes le sirven de botón de muestra de como el sistema unitario que él propugna va calando en la doctrina.

Tras todo esa exposición histórica y comparada —que, en sí, bien pudiera haber constituido un libro autónomo— el autor entra ya en la labor de sistematización o construcción del régimen restitutorio derivado de la ineficacia contractual en nuestro Derecho. Las ideas que presiden su labor, ya se han dicho, son dos: plantear un régimen unitario y sinalagmático y lograr que dicho régimen sea neutro, es decir, ajeno a criterios que no sean otros que la integra restitución de las prestaciones. El autor lo va a lograr y sus soluciones me parecen casi todas asumibles y plausibles. Pero, a la vez que ello, y quizá con la finalidad de lograr una homogeneidad total de las soluciones para los diferentes tipos de ineficacia, Ruiz Arranz coloca dos «bombas» en el sistema. Por una parte, afirma con rotundidad y con la frescura intelectual de que hace gala a lo largo de todo el trabajo, que la diferencia entre nulidad y anulabili-

dad es una construcción doctrinal ajena a la regulación del Código civil, y que éste más bien recogió una sistematización de Laurent, que distinguía entre unos supuestos casi residuales de inexistencia y una categoría general de nulidad en la que se integran todo el resto de casos que hoy integramos en la nulidad y anulabilidad. Con ello, y dotando a esa genérica nulidad de los rasgos que hoy se predicán de la anulabilidad, logra probablemente acercar sus efectos a la rescisión y la resolución, despejando de ese modo las posibles diferencias entre las figuras que cree podrían impedir un régimen unitario. Pero además, y de nuevo con la soltura e inteligencia ya aludida, y quizá como «mecanismo de refuerzo» por si falla el anterior, defiende resueltamente, como ya hiciera Díez-Picazo, que la nulidad del contrato no hace fracasar la transmisión de la propiedad. Proponiendo, en consecuencia, una relectura «abstraccionista» del sistema de título y modo en el que el primer elemento del binomio más parece ser un indicio de la voluntad transmisiva que un condicionante de ésta.

Las dos afirmaciones son valientes y el autor las realiza con convicción: virtudes argumentativas que suscitan clara simpatía hacia quien las emplea, pero que no dotan a la postre de razón al argumento. A mi juicio, pese a la invocada autoridad de Laurent y Díez-Picazo como precursor o avalista, respectivamente, de esas tesis, la realidad es que ambas quedan indemostradas. Sólo podrían aceptarse sobre un esfuerzo voluntarista de retrasar de nuevo, hasta 1889, el reloj de nuestra doctrina, para comenzar de nuevo la construcción del régimen de nulidades y transmisivo. Y el Derecho no es sólo la ley. Pero es que además, y esto es lo sorprendente, las mencionadas afirmaciones son innecesarias y probablemente desestabilizadoras de la propia construcción de Ruiz Arranz. El lector no consigue desprenderse de la impresión de que su interés en buscar soluciones idénticas para todos los casos le acaba traicionando y llevando a construir unos conceptos de nulidad, anulabilidad, rescisión y resolución que funcionan todos similarmente, asumiendo, en cierto modo, el esquema más obligacionista de la resolución. Sucediendo entonces que no se sabría bien porque el legislador distinguió entre esas figuras, si sus efectos iban a ser los mismos...

Sin embargo, una vez superados esos dos puntos y los efectos sobre la transmisión de bienes que provocan –que, además, el autor corrige en sus resultados más graves con una institución como el *ius ad rem* que parece comienza a calar en la doctrina española–, Ruiz Arranz vuelve a acertar plenamente en las consecuencias que va planteando para cada uno de los casos concretos de restitución: en caso de retroacción de prestaciones de hacer o no hacer, en la restitución de frutos y mejoras, en los problemas de pérdida de la cosa –aunque reconozco no coincidir en su enemiga a la excepción de equivalencia destructiva de una causalidad concreta–, en las atinadas reflexiones sobre la causa torpe, y en tantas otras. Quien busque con mirada teórica o práctica respuesta a sus preguntas la hallará precisa y, con las reservas apuntadas, atinada.

Poco más queda que decir. El autor ha desarrollado un imponente esfuerzo y el resultado es digno de encomio. El repertorio de fuentes bibliográficas nacionales y extranjeras, también históricas, que maneja no está al alcance de cualquiera. Ruiz Arranz tiene sinceras palabras de agradecimiento para sus directores y maestros, pues su enseñanza ha sido particularmente fructífera, pero no le falta tampoco conciencia de la fuerte deuda intelectual que adquirió en Münster con el profesor Nils Jansen. He sido testigo de su crecimiento en esa escuela. Tuve además la fortuna de formar parte del tribunal de doctorado que concedió la máxima calificación a este trabajo. Si mi juicio, quizá

debido a la conciencia de mis propias deficiencias, puede propender a la complacencia, al del profesor Pantaleón, que presidió aquel tribunal, no se le puede achacar tal tendencia, pues lo tengo por marcadamente objetivo. Y el suyo fue tan favorable como el mío y el del resto de aquella comisión. Sé que la tesis acabó obteniendo, como consideré justo –pero no necesariamente lógico en una universidad española– el premio extraordinario de doctorado, y a la postre, el Sancho Rebullida, que otorga la Universidad de Navarra. Por medio, Ruiz Arranz había iniciado una nueva andadura profesional. Jansen tuvo ocasión de enterarse del último premio y comentó sentencioso: es el *alma mater*, que clama por su retorno.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

SANCHO MARTÍNEZ, Laura, *La reserva de dominio en el sistema español de garantías reales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 593 pp.

Ante todo, este recensor quiere manifestar que la monografía que se comenta es muy amplia, por lo que se centrará en los aspectos que se han considerado de más interés en relación con el objeto del trabajo.

El capítulo I del libro se dedica a las distintas posiciones doctrinales, legales y jurisprudenciales sobre la reserva de dominio.

La autora apenas se detiene en antecedentes históricos, lo que es de agradecer, porque no habrían añadido nada a la resolución del problema que se plantea. No obstante, afirma que «aunque parece que la reserva de dominio nació dentro del tráfico de bienes inmuebles, el perfeccionamiento del derecho de hipoteca habría provocado su decaimiento al proporcionar éste una garantía segura y menos compleja, y no sería hasta comienzos del pasado siglo cuando la citada cláusula volviese a adquirir relevancia (pp. 40 y 41)». Para quien suscribe, fue la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, de 1965, la que «redescubrió» definitivamente el pacto de reserva de dominio. El precursor de la hipoteca no fue la reserva de dominio, sino el censo, especialmente el consignativo (*vid.*, entre otros, Peset Reig, «Los orígenes del Registro de la Propiedad en España», *RCDI*, 1978, especialmente, pp. 695 y 696; *idem*, «Del censo consignativo a la hipoteca a finales del Antiguo Régimen», en de Dios/Infante/Robledo/Torijano (coords.), *Historia de la propiedad. Crédito y garantía: V Encuentro Interdisciplinar*. Salamanca, 31 de mayo-2 de junio, 2007, pp. 211-236; Bragado Mateos, «El censo como instrumento de crédito para la nobleza castellana en la Edad Moderna», *Hispania: Revista española de historia*, 52, 1992, pp. 449-491).

En p. 49 comienza desbrozando el camino con la nítida y, a la vez, aguda observación de que «la reserva de dominio cumple una evidente *función de garantía*» (cursiva del original), apreciación que permite a la autora no perderse por los vericuetos del conceptualismo jurídico.

A partir de la p. 56 procede a exponer las distintas teorías españolas sobre la reserva de dominio. En primer lugar, explica la tesis tradicional de la reserva de dominio como condición suspensiva de la transmisión de la propiedad hasta el completo pago del precio de la cosa vendida.

Aparente consecuencia de ese punto de vista es el carácter dispositivo del artículo 609, referido a la teoría del título y el modo. Lo que se justifica en un

argumento histórico y otro normativo. Respecto del primero, Inst. 2, 1, 41, según el que las cosas vendidas y entregadas solo se adquieren por el comprador si ha pagado el precio, a menos que el vendedor haya confiado en el comprador, concediéndole plazo (C. 4, 54, 3). Pero –añade este recensor– según la romanística moderna preponderante, el Derecho romano no conocía la cláusula de reserva de dominio (*pactum reservati dominii*), que se considera una invención del *ius commune* medieval, y que se desarrolló sobre todo con el iusnaturalismo racionalista y la pandectística alemanas (cf. Stagl, «La reserva de dominio como reserva de la posesión», *Revista General de Derecho Romano*, 38, 2022; Camacho Alonso, «La reserva de dominio en la literatura jurídica del *Ius Commune*», *Revista General de Derecho Romano*, 16, Homenaje al Profesor Juan Miquel, 2011: «la literatura alemana del s. XVIII... epitoma toda la tradición precedente desde la glosa y que es la que otorga al instituto un régimen completo y coherente»).

En cuanto al argumento normativo, no existe regla en nuestro Derecho que prohíba la reserva de dominio, máxime si tenemos en cuenta el carácter meramente obligacional de la compraventa.

Segundo sostén de la teoría tradicional sería la necesaria protección de los intereses de ambas partes contractuales y el subsiguiente equilibrio del contrato. En la compraventa con entrega simultánea de cosa y precio el equilibrio contractual está asegurado, pero si una de las prestaciones se aplaza respecto de la otra es necesaria una reconfiguración del contenido contractual. En este caso, un incremento del precio de venta y una garantía de cobro sobre el propio bien vendido.

En pp. 66 y ss. expone la teoría «garantista» o prendaria. Esta postura considera que la reserva de dominio constituye un derecho real de garantía; una prenda sin desplazamiento de la posesión, si se trata de un bien mueble; una hipoteca, si inmueble. Lo anterior se basa, en primer lugar, en que la reserva de dominio cumple una función económica idéntica a la correspondiente a un derecho real de garantía. Según este punto de vista, la teoría tradicional da una excesiva protección al vendedor al reservarle la propiedad, cuando lo único que pretende es asegurarse el cobro del precio aplazado. Por eso, cumple una finalidad similar a la de los derechos reales de garantía típicos en el caso que por antonomasia regula nuestro Derecho, a saber, el de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM). Fuera de esta Ley, parece que no puede tener una función de derecho real de garantía, debido al carácter cerrado de estos.

Además, la reserva de dominio tradicional conlleva la elusión de la prohibición de pacto comisorio, en contra del artículo 1859 CC. Frente a esto se ha dicho por alguna doctrina que la apropiación comisoria resulta aceptable en nuestro Derecho tras el RD-L 5/2005, de Reformas Urgentes para el impulso de la productividad (que transpone la Directiva 2002/47/CE, sobre acuerdos de garantía financiera), algunas SSTs, y la adhesión de España al Convenio de Ciudad del Cabo.

Tercera teoría sobre la naturaleza de la reserva de dominio es la que la califica de condición resolutoria. Esto explica que el comprador tenga el uso y disfrute de la cosa; y que el riesgo de la cosa pase al comprador.

El único caso en nuestro Derecho en que la reserva de dominio es regulada de modo sustantivo es la LVPBM. Con muy buen tino, pone de manifiesto sus contradicciones, las del Texto Refundido de la Ley Concursal (TR LC), la falta de respeto de la jerarquía normativa por parte de la Ordenanza del Registro y las distintas opiniones de la doctrina.

El capítulo II de la obra se consagra al estudio del sistema común español de garantías reales, para poder luego explicar y clasificar la reserva de dominio sobre una base sólida. Destaca la autora que, según la teoría clásica, la reserva

supone que el reservista se presenta no solo como propietario, sino como acreedor. Partiendo de esta base, considera que el fenómeno de la garantía real se explica por la confluencia de tres categorías: el contrato, el derecho real y la preferencia.

El contrato de garantía, basado en el principio de autonomía de la voluntad, tiene por objeto reforzar la posición del acreedor, si bien, *a priori*, el principio de relatividad no permite que tal contrato afecte a terceros. El carácter real de la garantía es lo que permite que esta produzca efectos respecto de sujetos que no han sido parte del contrato. Finalmente, la preferencia es la que permite de modo definitivo el refuerzo del crédito. Así, señala agudamente, respecto de la preferencia crediticia, que «No se trata de un derecho... que afecte a la relación jurídica que el titular de la preferencia tiene con su deudor, sino que su eficacia se ejercita frente a otros acreedores», con cita acertada de la STS de 25 de septiembre de 1985 (p. 159).

Consecuencia de la confluencia del contrato, el derecho real y la preferencia son los principios del sistema español tradicional de garantías reales. Primer principio es el de legalidad, tipicidad y *numerus clausus* de garantías reales.

El segundo principio de las garantías reales es la causalidad. Siguiendo la estupenda obra de su maestro (Galicia Aizpurua, *Causa y garantía fiduciaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012), considera que la causa supone el fundamento de toda atribución patrimonial convencional, fundamento que solo existirá válidamente cuando la atribución tenga una contraprestación o cuando se deba a la liberalidad del deudor. De lo anterior «se colige que la garantía no podría propiciar en nuestro sistema una transmisión de la propiedad por parte del fiduciante, puesto que dicha atribución, que produce como efecto inmediato un aumento del activo patrimonial del fiduciario, ni responde a un ánimo liberal del deudor, ni resulta directamente compensada en su empobrecimiento por el acreedor»; por tanto, el acuerdo fiduciario es nulo (pp. 184 y 185).

En tercer lugar, es principio de la garantía real la accesoriidad. El cuarto es la especialidad. A juicio de quien escribe, en la exposición de estos dos principios se resiente el libro de su origen en una tesis doctoral, pues se dedican 18 páginas (186 a 203) a lo que podría haberse solventado en unos pocos párrafos, pues tales principios o características apenas plantean problemas en relación con el tema del trabajo. Otra cosa es el principio de especialidad en el ámbito registral, que ya Lacruz calificó de «impreciso» (*Elementos de Derecho civil*, III bis, Bosch, Barcelona, 1984, § 7, n. 30, p. 59).

El quinto es el de indivisibilidad, aquí sí bien resuelto en unas pocas líneas. El sexto es el de formalismo y publicidad.

En último lugar aparece el principio de prohibición de pacto comisorio. Con buen criterio afirma que tal prohibición tiene como finalidad, por una parte, proteger el deudor que, necesitado de efectivo, recibe en préstamo una cantidad muy inferior al valor del bien dado en garantía; y, por otra parte, «y como efecto reflejo... salvaguardar, asimismo, el interés que los restantes acreedores del deudor tienen a que el patrimonio de este último no sea objeto de un perjuicio desmesurado que menoscabe sus posibilidades de cobro» (p. 221; v. también 235). A propósito de este punto, hace una interesante incursión en la fiducia *cum creditore*, en su modalidad de venta en garantía. No quiere un servidor dejar pasar por alto el énfasis que a lo largo de todo el libro se da a la consideración de que la prohibición de pacto comisorio tiene también por finalidad el agotamiento de la capacidad patrimonial del bien, concediendo al deudor la posibilidad de contraer nuevas deudas garantizadas por el mismo bien. Pero seamos realistas: la superposición de derechos reales de garantía sobre el mismo bien (ya sea prenda o hipoteca)

teca) se da muy escasamente, y cuando se produce, normalmente es por un crédito del mismo financiador.

El capítulo III se titula «Régimen sustantivo de la reserva de dominio». Comienza este distinguiendo entre la reserva de dominio regulada y no regulada. Para distinguirlas, se detiene la autora determinando qué clase de bienes están sometidos a la LVPBM (única reserva regulada); le dedica a la cuestión 20 buenas páginas (254 a 274), que parecen más bien excesivas, pues no son decisorias en cuanto al objeto de investigación: la naturaleza jurídica de la reserva de dominio.

En páginas 294 y ss. hace una incursión en la reserva de dominio en Derecho portugués, ordenamiento que considera parecido al español en cuanto a la configuración de las garantías reales y, por tanto, apto para la comparación. La mayoría de la doctrina y jurisprudencia de aquel país considera que el acreedor reservista solo tiene «una mera propiedad formal con finalidad de garantía, asimilable a la obtenida en el ordenamiento español a través de los negocios fiduciarios *cum creditore*».

Similar opinión mantiene un sector de la doctrina española. La consecuencia de ello es que «quien, gracias a la reserva clásica, resulta propietario, pero a la vez acreedor financiero, del comprador, se coloca en una doble posición en extremo ventajosa frente a cualquier otro acreedor del deudor (incluso frente a los acreedores que gocen de un privilegio general), pues en ejercicio de su instrumento de garantía puede decidir, a su voluntad, presentarse unas veces como propietario y sustraer el valor económico del bien objeto de reserva del patrimonio de su deudor cuando el mismo está en juego (v.gr. mediante el ejercicio de una tercería de dominio frente a los embargos trabados por terceros acreedores); para pasar a enarbolar en otras ocasiones –en escenarios de impago de su propio crédito– su faceta de acreedor privilegiado, con la finalidad de que ese mismo bien pase entonces –¿mediante qué expediente?– a pertenecer al patrimonio del comprador, y poder satisfacerse así por medio de su valor ejecutivo (cfr. art. 16 LVPBM)» (p. 352).

En p. 367 opina, respecto de los contratos de financiación a vendedor, que «si la cesión del crédito por el precio aplazado efectivamente comprende... la reserva de dominio pactada, esto solo puede significar que... la reserva es concebida como un derecho accesorio del crédito de financiación por el precio aplazado, que es lo único que permite explicar que la transmisión de este último pueda alcanzar también la figura estudiada». Lo anterior «conduce ineludiblemente a la conclusión de que la figura estudiada únicamente puede atribuir a su titular una garantía *in re aliena*, y nunca el dominio material sobre el bien». La misma idea defiende cuando el vendedor subroga al financiador en su crédito (v. arts. 1209 y 1212 CC).

Desde la página 374 a la 402, la autora se centra en la reserva de dominio atípica, la no regulada legalmente. Son no muchas páginas, pero muy enjundiosas, y decisivas sobre su opinión final. Lástima que en el índice no se haya destacado lo suficiente (sí se hace adecuadamente en las Conclusiones 3.^a y 4.^a, pp. 542-546). Un servidor habría creado un epígrafe con el título «La eficacia de la reserva de dominio atípica», como luego (p. 402) dedica uno a «La eficacia sustantiva de la reserva de dominio típica».

Según la llamada teoría dominical de la reserva de dominio, su principal función sería preservar la bilateralidad estructural del contrato de compraventa, haciendo que esta se mantenga también en la fase de cumplimiento. Pero, frente a ello, aparece la indefensión en que deja al tercero comprador en caso de concurso del vendedor, enajenación por él a un tercero o embargo del bien vendido por

sus acreedores, pues, interpretado estrictamente, el comprador no adquiere nada hasta el completo pago (pp. 376 a 378).

En página 382 hace notar que incluso en la relación contractual interna entre reservista y reservatario, se le asignan a este atribuciones propias de la titularidad del dominio, como los riesgos de pérdida de la cosa o sus frutos y ventajas, que solo tienen sentido si partimos «de la exclusiva función de garantía del crédito desempeñada por el pacto».

Frente al argumento de la titularidad del bien, los partidarios de la teoría dominical alegan la regla *periculum est emptoris* y el artículo 1452 CC, a lo que opone nuestra autora que el ámbito de aplicación de ese artículo «se extiende al espacio temporal que media entre la perfección del contrato y la entrega del bien vendido. Esto implica que, en el momento en que el vendedor da cumplimiento a su obligación de entrega, la hipótesis del riesgo del contrato ya no puede plantearse, y la cuestión relativa a quién soporta la pérdida de la cosa es un interrogante que deja de plantearse en el plano jurídico-obligacional para volver a incarnarse en el plano real, en el cual el bien perece para su dueño, conforme a la regla *res perit domino*» (p. 383).

Y en cuanto a los frutos y ventajas de la cosa, los partidarios de la teoría dominical del vendedor alegan que los frutos de la cosa pertenecen al comprador desde la perfección del contrato (arts. 1468. II y 1095 CC). Sin embargo, la doctora Sancho argumenta con tino que el problema de los frutos surge entre la perfección y la obligación de entrega, de manera que, «una vez el bien ha sido entregado, el *ius fruendi* resulta del comprador, no por aplicación de dichas normas, sino como consecuencia de la adquisición del derecho de propiedad (cfr. arts. 353 y ss. CC)» (p. 385).

Todo lo cual lleva a la conclusión de que es al comprador al que corresponde la titularidad material del bien, mientras que el vendedor solo retiene «una titularidad vacua, limitada por su función de garantía».

Se plantea a continuación si el vendedor puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el comprador, cosa que niega la teoría clásica de la reserva. Sin embargo, para la autora, la coherencia de esta postura «debería llevar... a admitir la facultad del vendedor reservista para, en caso de impago del comprador, recuperar el bien con la mera acreditación de dicho incumplimiento y con invocación de su dominio, sin necesidad de resolver previamente el contrato ni de devolver la prestación percibida del comprador» (p. 388).

En definitiva, y siguiendo a su maestro (Galicia Aizpurua, *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Reus, Madrid, 2014), la reserva «en ningún caso cumple la finalidad de reforzar la estructura sinalagmática del contrato de venta a plazos, sino que solo busca obtener la garantía de un crédito de financiación mediante el detrimento de un bien que, tras su venta y entrega, debería haber ingresado en el patrimonio del comprador, replicando así funcionalmente –con idénticos perniciosos resultados– el modo de actuar de los negocios fiduciarios en garantía» (pp. 389 y 390).

Como consecuencia (pp. 398 y 399): a) el vendedor no puede ejercitar una tercera de dominio ante embargos del bien vendido por deudas del comprador, pues no cumple el requisito de ser titular del bien embargado; b) el vendedor no puede apropiarse del bien vendido en caso de incumplimiento del comprador, pues tal apropiación se opondría a la prohibición de pacto comisorio (art. 1859 CC), además de destruir el equilibrio interno del contrato, pues el reservista recupera el bien y se queda con lo pagado hasta el momento por el comprador.

«Como corolario de lo anterior... en la medida en que el legislador *ya ha valorado*... en qué ámbito específico... la reserva de dominio merecía ser objeto

de conversión legal en un derecho real de garantía de contenido típico, las cláusulas de reserva pactadas al margen de la LVPBM... no pueden ser reconducidas a un derecho real de garantía típico» (p. 400).

Pero la autora va más allá, llegando a considerar los negocios fiduciarios en garantía como nulos radicalmente por conculcar la prohibición de pacto comisorio (p. 401). Esta conclusión es la principal del libro, constituye lo que ha venido en llamarse «la tesis de la tesis», y no se puede sino estar plenamente de acuerdo con ella.

A partir de la p. 402 se estudia la reserva de dominio típica, la de la LVPBM. En primer lugar, analiza exhaustivamente el artículo 16 LVPBM, referente a la ejecución de la acción de cumplimiento por impago de los plazos de pago, del que extrae las siguientes conclusiones: 1.^a) la reserva no atribuye a su titular el poder que debería corresponder a un propietario protegido por medio de una condición suspensiva de la eficacia traslativa del dominio; 2.^a) el bien objeto de reserva integra en todo caso el patrimonio del deudor financiado; 3.^a) el reservista tiene legalmente reconocida, además, sobre dicha cosa ajena una posición jurídica equivalente a la de un acreedor asegurado por medio de un derecho real de garantía con el contenido propio de un derecho de realización del valor.

Se estudia también el artículo 15 LVPBM, que tiene por objeto regular la inscripción registral de la reserva de dominio y de la prohibición de disponer. «El acreedor con un pacto de reserva de dominio tipificado en la LVPBM mas no inscrito deberá ser considerado, simplemente, un acreedor ordinario, que como tal podrá exigir el cumplimiento forzoso de su crédito con cargo a la responsabilidad patrimonial universal de su deudor» (p. 433). A continuación, se centra durante bastantes páginas en la eficacia de los asientos en el actual Registro de Bienes Muebles, parcialmente sucesor del Registro de Venta de Bienes Muebles a Plazos.

En las últimas páginas se estudia el régimen concursal de la reserva de dominio. La autora se centra primero en el régimen del pago aplazado de una compraventa sin reserva de dominio, para luego estudiar el caso en que sí existe tal reserva. Se plantea tanto el régimen del crédito del vendedor –ordinario o privilegiado– así como su facultad resolutoria. Concluye que, «si el comprador es declarado en concurso con posterioridad a la entrega del bien, pero con el pago del precio fraccionado aún pendiente, el vendedor a plazos carece de la posibilidad de solicitar la resolución del contrato por incumplimiento (*ex arts. 160 y 161 TR LC*), debiendo ser su crédito calificado como concursal, clasificado como ordinario y pagado como tal, conforme a la solución –convenida o liquidatoria– con la que concluya el concurso» (p. 508). En la misma situación se encuentra el posible financiador de la compra.

A continuación, se analiza la reserva de dominio de bienes muebles vendidos a plazos en el seno del concurso del comprador. El crédito del vendedor es calificado como especialmente privilegiado por el artículo 270.4.º TR LC. Esto revela, una vez más, que la función de la reserva no es mantener la correspectividad de las prestaciones, sino que estamos ante un negocio de financiación, en el que la reserva cumple únicamente la función de garantizar el cumplimiento. Demuestra, además, que el bien vendido forma parte de la masa activa del concurso porque es del comprador.

No obstante, un obstáculo para lo expuesto hasta ahora en el libro y argumento para los defensores de la titularidad del vendedor con reserva de dominio es el artículo 150.2.º TR LC, que prevé la existencia de «las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de bienes muebles». Para la profesora San-

cho, con buen criterio, esa acción no es más que el equivalente concursal de la recogida en el artículo 250.1.11.º LEC, es decir, la acción resolutoria del vendedor o financiador por impago de los plazos por el comprador. Aclarando, además, que «únicamente queda legitimado [para ejercer el derecho concedido por el art. 150.2.º TR LC] el vendedor a crédito (o su financiador cesionario), mas nunca el financiador a comprador, que, por mucho que contase con una reserva de dominio típica inscrita a su favor, no podría instar la resolución de un negocio que le es ajeno». Por todo lo anterior, no puede el vendedor pretender separar el bien de la masa activa en tanto propietario de aquel (v. art. 239 TR LC).

No obstante, reconoce la autora que la facultad resolutoria concedida al vendedor del bien contradice el régimen general de resolución de los contratos sinalagmáticos en el concurso, y supone una norma especial frente a la norma general. Intenta explicarlo señalando que «la naturaleza fiduciaria del pacto de reserva, asumida indebida e incluso inconscientemente por el legislador concursal como consecuencia de la influencia de la tortuosa interpretación dominical dominante en la jurisprudencia, la razón de fondo que explica por qué el TRLC ha reconocido al vendedor reservista, a pesar de que el bien vendido ha ingresado... en el patrimonio del comprador (*ex art. 270.4.º TRLC*), una garantía que no tiene solo la virtualidad de manifestarse como una preferencia ejecutiva especial obtenida al modo de una garantía real típica, sino que le inviste de un poder adicional –el recuperatorio– del que en otro caso carecería, y cuyo enriquecimiento patrimonial injustificado corrige al exigirle que, previamente, devuelva al deudor las prestaciones percibidas de él por medio de la resolución –netamente instrumental– del contrato de compraventa» (p. 537). No obstante, se muestra contraria a esta solución legal.

Valoración global. A juicio de quien suscribe, el trabajo se resiente en exceso de su origen en una tesis doctoral, de manera que tiene unas dimensiones que bien podrían haberse recortado.

Pero, en tanto tesis doctoral, hay que alabar su extensión y profundidad, cosa propia de las tesis de hace 30 o 50 años, y que hoy está en retroceso por las dificultades y requisitos necesarios para acceder a contratos y plazas docentes universitarias, que exigen que en cuatro años de beca se escriba una tesis doctoral y varios artículos más.

Desde el punto de vista formal, el libro está muy bien escrito, en la redacción no se han encontrado errores, ni de bulto ni de detalle. La prosa es fluida; por tanto, se lee con facilidad, con la facilidad con la que se puede leer un libro científico; a ello contribuye el hecho de que no cita prácticamente a nadie en el texto: un acierto (s.e.u.o., una vez a Rodrigo Bercovitz, p. 66; y dos a De Castro, pp. 176 y 182); las cuestiones secundarias y las citas las lleva la autora a nota, a veces demasiado largas (pero v. la excelente 753).

Con todo, lo que más destaca de la obra es que tiene un objetivo investigador, un eje que vertebra toda la investigación. Y ese eje gira con mucho conocimiento y sentido jurídico.

En definitiva, un libro bien escrito, bien estructurado y con una conclusión muy convincente. Más no se puede pedir.

Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Murcia

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

GODEFROY, L.: «L'intelligence artificielle générative: (épi)phénomène pour le droit?», *D.*, 2023, núm. 40, pp. 2054-2059.

La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico ha traído grandes polémicas, dado que junto a sus ventajas también trae problemas importantes. (*R. A. R.*)

MARTI, G., CLUZEL-MÉTAYER, L., MERABET, S.: «Droit et Intelligence artificielle», *JCP G*, 2023, núm. 48, pp. 2100-2105.

La incidencia de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico analizado por los autores de este artículo. (*R. A. R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

AHMED, T. M.: «LEAK! The Legal Consequences of Data Misuse in Menstruation-Tracking Apps», *Cal. L. Rev.*, 2023, vol. 111, núm. 6, pp. 1979-2000.

Interesantísimo estudio que constata cómo, una vez más, la ley va un paso por detrás de la tecnología. Si bien la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos regula en parte el fenómeno, se observa cómo – al no ser proveedores de asistencia sanitaria– las aplicaciones de monitorización de la menstruación no están sujetas a la *Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA), esto conduce a vacíos normativos que podrían violar la privacidad de las usuarias y su consentimiento informado, ya que las aplicaciones de seguimiento de la menstruación registran, junto con los ciclos sexual, los cambios de humor y otros datos que pueden ser sensibles. Por ello, se sugiere que deberían cumplir con los estándares del HIPAA para evitar la violación de cualquier derecho humano susceptible de ser menoscabado. (A. F.)

ANGELINI, G.: «Tra diritto all'oblio e memoria storica», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 801-815.

Análisis del auto de la *Corte di Cassazione* de 23 de enero de 2023, núm. 2893, relativo al equilibrio entre los derechos a la información y al olvido. La autora valora positivamente la solución de la Corte, argumentando que, mientras la mera desindexación puede ser insuficiente para garantizar el derecho al olvido, ordenar el borrado de artículos publicados de forma legítima infringe la libertad de información, pudiéndose alcanzar un equilibrio razonable si se combina la orden de desindexación con la recontextualización de la noticia mediante una breve nota. No obstante, también se plantea si tal solución será suficientemente garantista a ojos de la jurisprudencia europea. (C. C. S.)

BEIGNIER, B.: «Le débat sur les abayas et les qamis. Les fondements constitutionnels de la loi du 15 mars 2004», *D.*, 2023, núm. 35, pp. 1805-1811.

Estudio sobre la influencia de los nuevos mecanismos en los derechos fundamentales teniendo en cuenta la decisión del Conseil d'État de 7 de septiembre de 2023. (R. A. R.)

BINET, J. R.: «Gamétogenèse in vitro, une révolution procréative? De la science au droit», *JCP G*, 2023, núm. 48, pp. 2106-2109.

Los cambios científicos en materia de reproducción humana llevan a un cambio en el ámbito jurídico no sólo de la filiación. Análisis de su autor planteándose la existencia de una revolución en el mundo de la ciencia. (R. A. R.)

DUPRÉ DE BOULOIS, X.: «Les droits et libertés fondamentaux au défi de la lutte contre le réchauffement climatique», *JCP G*, 2023, núm. 25, pp. 1196-1198.

La defensa del medio ambiente y la lucha contra el calentamiento climático ha llevado a recortar e incluso anular determinados derechos y libertades fundamentales. ¿Es legítimo? ¿Debe admitirse? (R. A. R.)

GIROLAMI, M.: «La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunto dalla recente riforma tedesca», *RDC*, 2023, núm. 5, pp. 854-883.

Reflexión sobre la necesidad de revisar las instituciones de tutela de las personas vulnerables: gestión de la vulnerabilidad a través del poder notarial. Supervisión de la incapacidad natural y eficacia del apoderamiento. Comparación con el modelo ofrecido por el recién reformado Código alemán. (M. R. D. R.)

SITARAMAN, G.: «Deplatforming», *Yale L. J.*, 2023, vol. 133, núm. 2, pp. 497-567.

El autor estudia, desde la perspectiva estadounidense el *deplatforming*, es decir, el fenómeno por el cual una persona o su cuenta puede ser eliminada o suspendida de una plataforma, como, por ejemplo, las cuentas relacionadas con las redes sociales. No obstante, este fenómeno puede ser relativo no solamente a los individuos, sino que también puede extenderse a otras tipologías de productos (por ejemplo, a plataformas como las nubes de datos, o *store* –v. gr. Apple App Store–. Así, el artículo estudia esta *law of deplatforming* tomando como referencia redes, plataformas y servicios públicos (*Networks, Platforms, and Utilities*, NPU) constatándose que en el Derecho estadounidense, la obligación de servir a todos los interesados nunca ha sido absoluta y que no ha existido un deber absoluto de servir ni un derecho absoluto de excluir, sino que más bien ha existido un equilibrio entre los extremos mediante decisiones razonables instaurando una práctica del *reasonable deplatforming*. Este fenómeno para el autor no es nuevo, sino que ya ha caracterizado los principales sectores de infraestructuras y servicios públicos, como los relacionados con el transporte, las comunicaciones, la energía o el sector bancario. (A. F.)

VIGLIONE, F.: «Mai più incapaci. Suggestioni spagnole per un nuovo diritto della disabilità», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1160-1169.

Ensayo sobre la Ley española 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad, comparándola con la solución alcanzada en Italia. El autor expone ambas normativas en términos generales, sobre todo en materia de eficacia de los actos jurídicos realizados por personas con discapacidad, y se plantea dudas sobre la compatibilidad de la regulación italiana con la Convención de Nueva York de 2006, proponiendo el modelo español como inspiración de posibles reformas. (C. C. S.)

PERSONA JURÍDICA

AA. VV.: «Sociétés civiles de construction», *RDI*, 2023, núm. 12, pp. 636-650.

Dossier de varios artículos sobre el objeto y duración de las sociedades civiles de construcción; dificultades de liquidación y diferencias según se destine el inmueble a la venta o al alquiler. (R. A. R.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AA. VV.: «Discussioni: Decreto ingiuntivo non opposto e nullità di protezione», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 946-967.

Bajo la rúbrica «Discusiones» se incluyen dos ensayos de distintos autores sobre la sentencia del Pleno de la *Corte di Cassazione* de 6 de abril

de 2023, núm. 9479, que adapta su jurisprudencia a la STJUE de 17 de mayo de 2022, as. C-693/19 y C-831/19. A partir de aquella, se decreta que el juez debe poder apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas del título de cuya ejecución se trate, y ello, aunque haya adquirido fuerza de cosa juzgada por falta de oposición. (C. C. S.)

AA. VV.: «Discussioni: Danno da illecito trattamento dei dati personali», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1136-1159.

Bajo la rúbrica «Discusiones» se incluyen tres ensayos de distintos autores sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de mayo de 2023, as. C-300/21, que declara expresamente que en materia de protección de datos no hay un daño *in re ipsa* por infracción del RGDP, sino que es necesario probar su existencia y cuantificación. Los distintos autores destacan la tendencia a la armonización europea en la materia, algo novedoso en el ámbito de la responsabilidad civil. (C. C. S.)

AA. VV.: «La copromoción», *RDI*, 2023, núm. 11, pp. 572-588.

Estudios sobre la copromoción en la construcción, según se actúa en el sector privado o en el público. (R. A. R.)

ALBANESE, A.: «Lo scioglimento dell'appalto tra normativa speciale e disciplina del contratto in generale», *CI*, 2023, núm. 2, pp. 494-528.

Trabajo ameno, en el que se repasa la regulación legal del arrendamiento de obras y servicios (*appalto*) (arts. 1665 y ss. c.c., cfr. arts. 1583 y ss. CC), haciendo especial hincapié en las particularidades que presenta la resolución del contrato respecto del régimen general (arts. 1453 y ss. c.c.). (E. G. P.)

ALPA, G.: «Proprietà e industria nell'Ottocento: alcuni tentativi di revisione storica delle regole della responsabilità civile», *CI*, 2023, núm. 2, pp. 377-390.

Lectura más que recomendable, en la que el director de la revista analiza críticamente los intentos de una parte de la doctrina norteamericana de revisar la historia de la responsabilidad civil en los Estados Unidos. Conforme a la enseñanza tradicional (Friedmann, Horwitz), durante la segunda mitad del siglo XVIII y todo el XIX, la jurisprudencia interpretó el Derecho de daños conforme a las exigencias del mercado, privilegiando el desarrollo de la industria frente a la tutela de los derechos de los propietarios y de los consumidores. Frente a ello, algunos autores (Schwartz) postulan que el sistema, fundamentado en la culpa, habría propendido más bien a garantizar el resarcimiento de las víctimas, mientras que otros (Abraham y White) sostienen que el factor verdaderamente decisivo en la evolución histórica de la figura, no habría sido tanto la toma en consideración de factores económicos en la interpretación de las normas, cuanto la evolución del sector de los seguros. (E. G. P.)

ALÙ, A.: «I differenti approcci regolatori in materia di intelligenza artificiale tra evoluzione tecnologica e risvolti applicativi», *DFP*, 2023, núm. 3, pp. 1127-1152.

El autor realiza un análisis sobre las diversas aproximaciones normativas al fenómeno de la Inteligencia Artificial, para mostrar el panorama en el momento actual. Centra el foco de la atención, en particular, en el estado de la cuestión en China, la Unión Europea y Estados Unidos. (A. M. M.)

APAVOU, R.: «La liberté de renégocier le contrat pour cause d'imprévision», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 37, Pp. 9-12.

La revisión del contrato por imprecisión tiene dificultades para encontrar su lugar en la práctica contractual. Como reflejo de la desconfianza del legislador hacia él, la aplicación del artículo 1195 del Código Civil es difícil. En las relaciones comerciales, la libertad de una de las partes para solicitar la renegociación del contrato es en realidad relativa, debido a las numerosas incertidumbres. En cuanto a la libertad de la otra parte contratante de rechazar la renegociación, ésta es semi-matizada porque puede ser sancionada. (R. A. R.)

BARCELLONA, M.: «La surroga dell'assicuratore e la c.d. causa concreta: un esercizio di metodologia giuridica», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 866-887.

Comentario crítico a la sentencia del Tribunal de Milán de 11 de abril de 2023, núm. 2894. El autor profundiza en el principio de indemnidad y la función compensatoria del Derecho de daños en la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* y concluye que, si la compañía aseguradora paga la indemnización al asegurado y renuncia a ejercer acciones contra el causante del daño, esto no es legítimo al asegurado para ejercitar la acción de aquella en su lugar. Critica de este modo la solución del tribunal milanés y su argumentación basada en una aplicación de la teoría de la causa que considera incorrecta. (C. C. S.)

BASTIANELLI, G.: «La diligenza del correntista nell'ipotesi di danno da «ignoto tecnologico»», *NGCC*, 2023, núm. 6, pp. 1229-1235.

Breve análisis de la sentencia del Tribunal de Savona de 14 de abril de 2023, que decide a quién deben imputarse los daños que sufre el titular de una cuenta corriente cuando un tercero dispone ilícitamente de sus fondos. La autora, siguiendo el razonamiento del tribunal, razona que si no se puede probar cómo obtuvo el tercero los datos de acceso es razonable presumir la culpa del titular, haciendo recaer el riesgo en él. (C. C. S.)

BIVONA, E.: «Gli interessi moratori legali su «crediti litigiosi» tra efficienza del processo ed effettività della tutela giurisdizionale», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1094-1103.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 3 de enero de 2023, núm. 61, que extiende los intereses reforzados del artículo 1284.4.º y 5.º del *Codice civile* a todas las obligaciones pecuniarias y no sólo a las contractuales. La comentarista destaca que este pronunciamiento se aparta de los anteriores y apunta a una evolución de la jurisprudencia cada vez más proclive a la aplicación de este precepto, denunciando que, aunque es una herramienta útil para descongestionar la Administración de Justicia (principio de efectividad de la tutela), también es un obstáculo al derecho de acción. (C. C. S.)

BONNEAU, O., DESCUBES, L.: «La préoccupation environnementale ou la «première pierre» d'une opération immobilière», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 31 especial, pp. 48-49.

Ya no es posible desarrollar una operación inmobiliaria en buenas condiciones de seguridad jurídica sin un análisis preciso de los datos medioambientales del lugar en el que se inserta. Esta nueva etapa permite al promotor tomar decisiones racionales y evitar muchas dificultades. (R. A. R.)

BRÛLÉ, A.: «Le nouveau régime de déontologie dans le secteur de la communication financière: vers une responsabilisation accrue du marketing d'influence», *Gaz. Pal*, 2023, núm. 34, pp. 9-11.

Estudio a propósito de la Ley núm. 2023-451, de 9 de junio de 2023 que regula la actividad de influencia comercial y busca evitar las desviaciones constatadas de los *influencers* en las redes sociales, en particular en materia de comunicación financiera. Por ejemplo, la Autoridad de Mercados Financieros y la Autoridad de Regulación Profesional de la Publicidad han establecido una asociación privilegiada para regular mejor la publicidad financiera. (R. A. R.)

BRUSCHI, J.: «Le décalage entre la durée d'un cautionnement et celle de l'obligation principale ne peut cacher une forclusion conventionnelle tacite du droit de poursuite du créancier», *JCP G*, 2023, núm. 36, pp. 1549-1552.

En materia de fianza, cuando existe desfase entre el plazo de duración de la garantía y el plazo de la obligación principal, es posible la existencia de una preclusión convencional tácita del derecho del acreedor. (R. A. R.)

– «Le contrat de bail du toit d'un immeuble», *D.*, 2023, núm. 38, pp. 1957-1962.

Análisis del contrato de arrendamiento del techo de un edificio y sus efectos. (R. A. R.)

BUSET, G.: «Apparenza giuridica e responsabilità civile. Profili di disciplina del danno da prodotto», *CI*, 2023, núm. 2, pp. 647-692.

Extenso y bien fundado trabajo, en el que el autor critica la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del concepto de «productor aparente» a los efectos del artículo 3.1 de la Directiva n.º 85/374/CEE (cfr. art. 5, *in fine*, TRLGDCU). Para el TJUE, tendría tal condición, y por tanto sería responsable de los daños causados por un producto defectuoso, todo aquél que hubiera puesto su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, sin que sea necesario ningún otro requisito adicional (STJUE de 7 de julio de 2022, as. C-264/21). En otras palabras: la mera colocación del signo bastaría para atribuirle a un sujeto la condición de «productor aparente» a los efectos de la Directiva. Frente a ello, el autor sostiene que el empleo del signo es un requisito necesario, pero no suficiente para calificar a alguien como «productor aparente». A tal fin haría falta, además, que el sujeto «se presente como productor», lo que no sucedería, por ejemplo, cuando en el producto se designe expresamente a un sujeto distinto como productor, o cuando se haga constar también de forma expresa la condición de distribuidor o de importador del titular del signo distintivo. Con todo, la colocación del signo actuaría como presunción *iuris tantum* de la condición de productor, desplazando sobre el demandado la carga de probar la presencia de elementos que hiciesen reconocible la situación real para el consumidor medio. Por último, el autor considera que la mala fe del perjudicado (*i. e.* el conocimiento de la situación real) debería excluir la responsabilidad del «productor aparente», que, en cualquier caso –y ésta es la afirmación más polémica del trabajo– habría de considerarse subsidiaria, por analogía con la del suministrador (art. 3.3 de la Directiva [cfr. art. 138.2 TRLGDCU]). (E. G. P.)

CACCIOPPO, D.: «Osservazioni in chiave pubblicistica sui provvedimenti restrittivi delle piattaforme digitali», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 816-822.

Estudio sobre la legalidad de las cláusulas contractuales que autorizan a las redes sociales a retirar contenidos o suspender cuentas que fomenten la desinformación sanitaria, sirviéndose del ejemplo del auto del Tribunal de Varese de 2 de agosto de 2022. La autora valora extender la doctrina de la censura privada, tradicionalmente tratada en el ámbito de la relación periodista-dirección del periódico, al ámbito de las redes sociales. También se plantea si podría articularse como una censura funcional, apoyada en un mandato de las autoridades, o sustantiva, con una auténtica delegación del Estado en los responsables de las plataformas. (C. C. S.)

CALABRESE, G.: «Il danno da «perdita di controllo dei dati personali» nel pensiero della Corte di Giustizia UE», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1112-1124.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de mayo de 2023, as. C-300/21, en materia de responsabilidad por tratamiento ilícito de datos personales. El comentarista desgana los presupuestos de la responsabilidad y los de su exención y sostiene que, si bien es una responsabilidad objetiva por riesgo, no se puede llegar al punto de objetivar el daño, de modo que este debe ser probado. Al mismo tiempo, no obstante, reconoce los problemas de cuantificar los daños morales causados por las infracciones del RGPD. (C. C. S.)

CAMPOBASSO, M.: «La convenzione di moratoria ed il contratto a sfavore di terzo», *RDC*, 2023, núm. 6, pp. 1051-1079.

El contrato en perjuicio de tercero en el Código de Crisis Empresarial. Esbozos de la disciplina del acuerdo de suspensión: partes, objeto, principios de lealtad negocial, igualdad de trato, no lesividad. Especial referencia al supuesto de oposición de acreedores y responsabilidad frente al tercero (M. R. D. R.)

CARAVITA DI TORITTO, A.: «Transazione e norme inderogabili: il caso dell'indennità per la perdita dell'avviamento», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1071-1080.

Artículo que, tomando como referencia el supuesto de la *indennità di avviamento* en arrendamientos urbanos (figura equivalente a la indemnización por pérdida de clientela), del que trae causa el auto de la *Corte di Cassazione* de 16 de febrero de 2023, núm. 4947, estudia la posibilidad de transigir sobre normas imperativas. El autor razona que el contrato de transacción se rige por su normativa propia y sólo de forma analógica por otros preceptos, por lo que el carácter indisponible de la indemnización en la regulación del contrato de arrendamiento no obsta a poder transigir válidamente sobre ella. (C. C. S.)

CHAFFOIS, B.: «Contrat et obligation. Le champ contractuel», *D.*, 2023, núm. 26, pp. 1323-1330.

Extensión de la aplicación del derecho de obligaciones y contratos. La nueva regulación. (R. A. R.)

CHARBONNEAU, C., DESSUET, P., POUNAREDE, M., TRICOIRE, J. P.: «La responsabilité des constructeurs dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux», *RDI*, 2023, núm. 9, pp. 458-463.

Estudio sobre los aciertos y errores de la nueva normativa proyectada para la responsabilidad del constructor en el contrato de obra del Código civil. (R. A. R.)

CINQUE, M.: «Partecipazione del convivente all'impresa familiare ante 2016: la parola alle Sezioni Unite», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 901-911.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 24 de enero de 2023, núm. 2121, por el que se remite al Pleno la cuestión de si se puede extender el concepto de «empresa familiar» a supuestos de convivencia *more uxorio* anteriores a la reforma que expresamente reconoció esta aplicación. La comentarista explica cómo la introducción del artículo 230 *ter* del *Codice civile* en 2016 puede ser un obstáculo a incluir al conviviente en el concepto de pariente en casos previos al cambio normativo, así como las posibles soluciones que puede adoptar la Corte. (C. C. S.)

CIONI, A.: «L'influenza indiretta del diritto europeo: il caso dei danni cagionati dai prodotti pericolosi. Spunti per una riscoperta dell'articolo 2050 CC», *RDC*, 2023, núm. 5, pp. 956-984.

Apuntes sobre la regulación del derecho europeo que garantiza la seguridad de los productos peligrosos, en busca de una protección eficaz de los consumidores: desajuste entre las normas de seguridad y las normas de responsabilidad. El redescubrimiento del artículo 2050 del Código Civil. (M. R. D. R.)

DE PAMPILIS, M.: «Il danno da vaccino tra indennizzabilità e decadenza “tombale”», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1056-1063.

Sucintas notas sobre el *dies a quo* de las acciones de reclamación de daños irreversibles causados por vacunas obligatorias, transfusiones o administración de hemoderivados. Al hilo de la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 6 de marzo de 2023, núm. 35, el autor sostiene que la caducidad no puede iniciarse antes de que el perjudicado conociera la existencia del daño y su indemnizabilidad, debiendo atenderse a la fecha de la reforma legal o de la sentencia que declare el carácter indemnizable de un daño concreto. También examina la naturaleza de esta caducidad y excluye que sea «móvil», de modo que si no se pide a tiempo se pierde el derecho a la indemnización en su conjunto, y no sólo a las pensiones que se habrían devengado en el período afectado por la caducidad. (C. C. S.)

DESHAYES, O.: «Le comportement inacceptable d'une partie justifie la résolution unilatérale du contrat sans mise en demeure préalable», *JCP G*, 2023, núm. 47, pp. 2016-2020.

Posibilidad de resolución del contrato alegando como causa la existencia de un comportamiento inaceptable de una de las partes contratantes. (R. A. R.)

DISSAUX, N.: «La révocation ad nutum du mandat», *JCP G*, 2023, núm. 43-44, pp. 1880-1882.

Análisis de los casos de revocación del mandato a voluntad del mandante. (R. A. R.)

D'ONOFRO, D.: «Contract-Wrapped Property», *Harv. L. Rev.*, 2024, vol. 137, núm. 4, pp. 1058-1136.

Partiendo del supuesto de que este fenómeno esto ocurre a menudo exclusivamente en el caso de los bienes inmuebles, la autora realiza algunas reflexiones críticas sobre la posibilidad de limitar o gravar incluso la propiedad de bienes muebles. En este sentido, se observa que existen fenómenos por los cuales se pretende vincular al comprador —e incluso a futuros usuarios— de un determinado bien mediante cláusulas contractuales en el momento de la adquisición de un bien o de su utilización. Se ponen en evidencia estos aspectos que, si bien comenzaron a existir en el ámbito de programas informáticos, pueden extenderse a otros tipos de bienes, observándose la necesidad de llevar a cabo un análisis cuidadoso inclusive a la luz de un posible y peligroso replanteamiento del Derecho de propiedad, que podría verse socavado por el Derecho contractual. (A. F.)

DONZELLI, G.: «Note sulla predeterminazione dell'onorario», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 768-780.

Crítica la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de enero de 2023, as. C-395/21, según la cual no supera el control de transparencia material la cláusula que fija la retribución del abogado en una tarifa horaria, sin especificar el tiempo que requerirá el asunto. El autor destaca el perjuicio que esto puede conllevar para el profesional, que puede llegar a no recibir compensación alguna por sus servicios, y propone que la cláusula puede ser válida si se acompaña de una estimación aproximada al inicio del contrato o se informa periódicamente de la situación. También analiza la posibilidad de integrar la cláusula abusiva en su caso. (C. C. S.)

DUROVIC, M., WILLETT, C.: «A Legal Framework for Using Smart Contracts in Consumer Contracts: Machines as Servants, Not Masters», *Mod. L. Rev.*, 2023, vol. 86, núm. 6, pp. 1390-1421.

En este trabajo se intenta proporcionar un marco legal para el uso de contratos inteligentes que garantice la tutela del consumidor como sujeto débil. Por ello, por mucho que los contratos inteligentes pueden contribuir a mejorar el sistema, no pueden elaborarse opciones de mercado que reemplacen o menoscaben los derechos del consumidor, como por ejemplo el derecho de información, el de cancelación del contrato, o más en general todo el aparato remedial y relativo a las cláusulas abusivas. (A. F.)

FABRE-MAGNAN, M.: «Les abus de la pornographie. Sanction et prévention par la nullité du contrat», *D.*, 2023, núm. 33, pp. 1707-1714.

La nulidad contractual como recurso para prevenir y sancionar la pornografía. (R. A. R.)

FRANZONI, M.: «Il fatto illecito civile fra civile e commerciale nel codice del 42», *RTDPC*, 2023, núm. 3, pp. 741-767.

Análisis del tratamiento de la responsabilidad civil y las reglas de cuantificación y liquidación de daños en el ámbito civil y mercantil. (M. R. D. R.)

– «La responsabilità civile in un codice europeo?», *CI*, 2023, núm. 2, pp. 391-404.

En este breve e interesante ensayo, el Catedrático de Bolonia reflexiona acerca de la posibilidad y la conveniencia de uniformar la regulación de la responsabilidad civil a nivel europeo. (*E. G. P.*)

FUSARO, A.: «Il danno da vaccino (difettoso): prova scientifica e libero convincimento del giudice», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 912-923.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 18 de noviembre de 2022, núm. 34207, relativa a la responsabilidad del Estado por los daños derivados de una vacuna que se van manifestando en el tiempo. La comentarista considera correcta la distinción entre los efectos secundarios normales de una vacuna y el empleo de vacunas defectuosas, siendo necesario en el segundo caso probar tal carácter defectuoso, y razona que tal prueba debe valorarse atendiendo a criterios de probabilidad y verosimilitud, a la luz de la STJUE de 21 de junio de 2017, as. C-621/15. (*C. C. S.*)

FUSCO, V.: «Questioni attuali sulla figura del «produttore apparente»», *NGCC*, 2023, núm. 6, pp. 1415-1423.

Ensayo sobre la responsabilidad por productos defectuosos en Derecho de consumo. La autora se centra en la figura del productor aparente y en las conductas que pueden generar dicha apariencia según la jurisprudencia europea (STJUE de 7 de julio de 2022, as. C-264/21), además de analizar la propuesta de reforma de la Directiva 85/374/CEE sobre este punto. Finalmente, se posiciona a favor de una interpretación amplia de este concepto que permita absorber en él otros supuestos, como el distribuidor que usa signos distintivos confundibles con los del productor. (*C. C. S.*)

GABELLINI, E.: «Rimedi contrattuali sinallagmatici ed estinzione della convenzione d'arbitrato», *RTDPC*, 2023, núm. 4, pp. 1283-1306.

Análisis sobre el convenio arbitral: naturaleza jurídica, renegociación, rescisión, desistimiento e indemnización de daños. (*M. R. D. R.*)

GARBIT, P.: «L'audience de règlement amiable et le contentieux des baux commerciaux», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 37 especial, pp. 34-36.

El Decreto núm. 2023-686, de 29 de julio de 2023, introduce en el Código de Procedimiento Civil dos mecanismos facultativos, según el legislador, para favorecer la solución amistosa de los litigios después de la presentación de la demanda ante el tribunal judicial: la audiencia de solución amistosa (arts. 1 y 2 del Decreto) y la paralización del proceso civil (arts. 3 y 4). Estas nuevas disposiciones serán aplicables a las instancias iniciadas a partir del 1 de noviembre de 2023 (art. 6). La aplicación de la intervención personal de un juez que va a conducir él mismo una tentativa de conciliación o una mediación (artículos 774-1 a 774-4 y 836-2 del CPC.). (*R. A. R.*)

GAROFALO, A.: «Gli incerti confini di prescrizione e decadenza», *RTDPC*, 2023, núm. 4, pp. 1101-1130.

Revisión de las figuras de la prescripción y la caducidad en torno a la acción por vicios del consentimiento y la acción por vicios de la construcción en los contratos de compraventa inmobiliaria. (*M. R. D. R.*)

GEORGOSOULI, A.: «Metarules, Judgment and the Algorithmic Future of Financial Regulation in the UK», *Oxford J. Legal Stud.*, 2023, vol. 43, núm. 4, pp. 777-803.

La autora defiende que la interpretación hecha por los humanos debe preservarse y sacar de ella el mayor provecho posible a pesar de la implementación de una gobernanza basada sobre los nuevos modelos de meta-reglas y la toma de decisiones algorítmicas, con particular atención en el caso de la regulación financiera. Considera necesaria la interpretación humana y llama la atención sobre los límites que tienen las máquinas para realizar todo el espectro de tareas del razonamiento analógico. Puede complementarse esta lectura con: LIM, E. W. K.: «Law By Algorithm», *Oxford J. Legal Stud.*, 2023, vol. 43, núm. 3, pp. 650-670. (A. F.)

GIOCONDI, A.: «Brevi note sul nesso tra interesse ad agire, buona fede e abuso del diritto», *NGCC*, 2023, núm. 6, pp. 1293-1306.

Ensayo sobre la relación entre el interés del actor, la buena fe y el abuso de derecho, tomando como referencia el auto de la *Corte di Cassazione* de 8 de febrero de 2023, núm. 3817. El autor se pronuncia a favor de la decisión adoptada por la Corte y sostiene que el comprador sobre plano no puede pedir la nulidad del contrato por falta de las garantías legales cuando las obras ya han finalizado y no ha sufrido un perjuicio, pues carece de un interés legítimo y atentaría contra la buena fe. Estas conclusiones se apoyan en la jurisprudencia y doctrina constantes acerca del abuso de las normas de nulidad de protección. (C. C. S.)

GRASSO, A. G.: «Energia condivisa. Nuove questioni e improponibilità di vecchie soluzioni in materia di responsabilità», *NGCC*, 2023, núm. 6, pp. 1406-1414.

Ensayo acerca de la responsabilidad extracontractual que puede acaecer en casos de transferencias de energía entre individuos. El autor describe el fenómeno de las *smart grids*, redes eléctricas en las que los individuos conectados, aparte de recibir energía, pueden también producirla e introducirla en la red (p. ej., mediante placas solares en sus viviendas), estableciendo un flujo bidireccional de energía, y se propone abordarlo desde la perspectiva del Derecho de daños. Tras analizar la posible responsabilidad de los particulares por los daños que se puedan causar, tanto en supuestos de autoconsumo colectivo como de «prosumidores», y de los intermediarios, razona la insuficiencia de las soluciones generales y la necesidad de reconstruir modelo específico de responsabilidad. (C. C. S.)

GRYNBAUM, L.: «La future “Législation sur l’IA” à l’aune de la responsabilité civile. L’indemnisation au défi de l’innovation», *JCP G*, 2023, núm. 28, pp. 1349-1352.

La nueva normativa comunitaria en materia de IA está llevando al estudio de sus consecuencias jurídicas. En este caso se analiza su influencia en la responsabilidad civil, concretamente en la indemnización por daños y su deficiencia frente al tema de la innovación. (R. A. R.)

GUIZZI, G.: «Sopravvenienze contrattuale, inesigibilità della prestazione e rimedi: linee di una vicenda», *RDC*, 2023, núm. 5, pp. 884-906.

Reflexión sobre los efectos de las circunstancias sobrevenidas en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones: situaciones que no permiten exigir el cumplimiento de la obligación y remedios conforme al principio de la buena fe. (M. R. D. R.)

LAKSSIMI, T.: «Les actions contractuelles», *D.*, 2023, núm. 41, pp. 2095-2101.

Crónica sobre las acciones contractuales reguladas en el Derecho francés. (R. A. R.)

LASSERRE CAPDEVILLE, J.: «Prêts en franc suisse et clause abusive: caractérisation et incidences», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 28, pp. 10-13.

Desde hace algunos años, los préstamos en francos suizos dan lugar a un número importante de litigios. Sobre todo, desde dos decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han conllevado una evolución de la jurisprudencia de la primera sala civil del Tribunal de Casación y a múltiples casaciones, los jueces de primera instancia se caracterizan más fácilmente por concluir el carácter abusivo de las cláusulas relativas al riesgo de cambio. Esta solución presenta así consecuencias notables que se traducen en la nulidad de los convenios y la aplicación de restituciones recíprocas. (R. A. R.)

LEYMARIE, J., JACQUIN, A.: «La méthode hôtelière actualisée: la guerre des étoiles !», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 37 especial, pp. 37-38.

El método actualizado de fijación del alquiler del arrendamiento renovado en materia de hoteles es objeto de una actualidad inédita después de que diferentes expertos judiciales, por mediación, en particular, de la Compagnie nationale des experts de justice immobilier (CNEJI) y el Instituto Francés de Peritaje Inmobiliario (IFEI), se opusieran este año por medio de publicaciones. Esta oposición de principio, incluso dogmática, demuestra la necesidad de proceder a adaptaciones concertadas de este nuevo método a la realidad económica, para volver a lo esencial: el interés del justiciable. (R. A. R.)

LIPARI, N.: «Le fonti di produzione oggi e il contratto di affidamento fiduciario», *RDC*, 2023, núm. 6, pp. 1043-1050.

El trust y el contrato de fiducia como paradigma de un nuevo modo de operar en el ámbito jurídica. La nueva relación entre el legislador y la judicatura en el contexto de la transformación del derecho de ciencia teórica a ciencia práctica (M. R. D. R.)

MEL, J.: «La notion d'ouvrage toujours au cœur de l'actualité pour le constructeur», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 31 especial, pp. 45-47.

En caso de realización de obras constitutivas de una obra, el constructor no sólo será considerado responsable de los desórdenes de carácter decenal, sino que también deberá contratar un seguro. La importancia de los contenidos lleva a preguntarse sobre la oportunidad de una intervención legislativa. (R. A. R.)

MONTICELLI, S.: «Responsabilità del vettore e limiti risarcitori (considerazioni a margine della riforma dell'art. 1696 CC)», *NLCC*, 2023, núm. 3, pp. 584-592.

Observaciones sobre el ámbito de aplicación de la reforma relativa al transporte de mercancías, en relación a su responsabilidad contractual por daños, retraso o incumplimiento en la entrega de la mercancía: parámetros de cálculo y límites de los daños indemnizables. La no derogación de las disposiciones sobre límites de indemnización. (M. R. D. R.)

Musso, E.: «Cybersécurité et pratique des avocats: de la menace à l'opportunité», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 39, pp. 9-12.

A propósito de su tesis doctoral «El ciberabogado y los cambios en la práctica de la profesión», el autor analiza las imposiciones de la ciberseguridad y las medidas a implantar en el ejercicio profesional para evitar riesgos de responsabilidad, pero también por el tema de protección de datos de sus clientes. (R. A. R.)

PELLIER, J. D.: «Des conséquences de la défaillance d'une condition suspensive», *JCP G*, 2023, núm. 49, pp. 2147-2150.

Imposibilidad de cumplimiento de la condición suspensiva del contrato y sus consecuencias. (R. A. R.)

PEPE, A.: «Il compenso dell'avvocato tra libera pattuizione e forma solenne: scelta rationale o svista del legislatore?», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 759-767.

Breve nota sobre la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 12 de enero de 2023, núm. 717, relativa a la necesidad de forma escrita como requisito de validez del acuerdo sobre los honorarios del abogado. El autor analiza la reforma operada por la *legge 247/2012* y concluye que a partir de la misma se permite separar el encargo del servicio de representación, que no es un negocio formal, de la fijación de la retribución, que puede hacerse en un momento posterior pero siempre por escrito. Finalmente, argumenta que la nulidad del acuerdo sobre los honorarios no priva al abogado de su derecho a percibirlos, debiendo fijarlos el Juez en atención a los usos o tarifas aplicables. (C. C. S.)

PERCHINUNNO, M. C.: «La circolazione degli immobili con provenienza donativa tra vecchi e nuovi formanti», *CI*, 2023, núm. 2, pp. 605-646.

Según el artículo 561 del *Codice civile*, el legitimario recibirá los bienes restituidos como consecuencia de la acción de reducción libres de cualquier carga o gravamen que hubieran sido impuestos por el donatario o el legatario, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de veinte años desde la inscripción de la donación inoficiosa en el Registro de la propiedad. Por su parte, el artículo 563 establece que, dentro de ese mismo plazo, los herederos forzosos pueden ejercitar la acción de reducción contra los terceros adquirentes del donatario, previa excusión del patrimonio de este último, salvo que esos terceros opten por librarse de la obligación de restituir los bienes donados *in natura* mediante el pago del equivalente en dinero. Ambos preceptos otorgan, pues, una extraordinaria tutela a los herederos necesarios, pero lo hacen, lógicamente, a costa de obstaculizar la libre circulación de los bienes inmuebles. De ahí el análisis crítico que la autora dedica a los distintos mecanismos con los que a priori podría contar el tercero para proteger su adquisición: la responsabilidad por evicción, la fianza o el aval bancario, la renuncia anticipada a la acción de reducción, etc. Es un trabajo ameno y bien escrito, aunque el tema puede resultarle algo lejano al lector español, habida cuenta de que aquí está claro que los terceros de buena fe no pueden verse afectados por el ejercicio de la acción de reducción (*vid.*, por todos, ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «Artículos 654 a 656», en Bercovitz [dir.], *Comentarios al Código civil*, tomo IV, Valencia [Tirant lo Blanch], 2013, p. 5010). (E. G. P.)

PERRINO, S. P.: «Il governo delle sopravvenienze contrattuali mediante gli obblighi di rinegoziare e di contrarre: un dibattito aperto», *CI*, 2023, núm. 3, pp. 853-894.

Tras una breve tregua de apenas dos números, vuelven a *Contratto e impresa* los trabajos sobre la *rebus sic stantibus*. Éste, en concreto, es eminentemente descriptivo, pero también bastante completo y da una buena panorámica del estado de la cuestión en Italia. (E. G. P.)

PIMBERT, A.: «La faute dolosive de l'assuré ne se confond pas avec la seule conscience du risque d'occasionner le dommage», *JCP G*, 2023, núm. 40, pp. 1741-1743.

Problema en el ámbito del seguro por daños. Se establece como el dolo del asegurado no puede confundirse con el conocimiento de ocasionar un daño. (R. A. R.)

PONZANELLI, G.: «Sostenibilità delle regole di responsabilità civile», *CI*, 2023, núm. 3, pp. 716-725.

El trabajo parte de una premisa bastante discutible, como es que la «sostenibilidad» —que es un concepto claramente ajurídico— puede erigirse en un criterio válido para juzgar la bondad de una determinada institución jurídica. Sea como fuere, el autor entiende que un sistema de responsabilidad civil no es sostenible cuando: (i) el daño depende de las condiciones patrimoniales del agente y no es susceptible de cálculo actuarial; (ii) se hace de la responsabilidad objetiva la regla general, ejerciéndose con ello una presión excesiva sobre aquellos profesionales que ejercitan una actividad de tipo intelectual (v. gr: los médicos); (iii) se prevé el resarcimiento de daños imprevisibles y, por ende, no susceptibles de aseguramiento (v. gr: una eventual responsabilidad del Estado por los daños a la salud derivados de la pandemia de SARS-CoV-2). (E. G. P.)

PROOT, P., SACKSICK, E.: «Les projets immobiliers à l'épreuve de l'évaluation environnementale retour sur sept ans d'expérience», *RDI*, 2023, núm. 10, pp. 500-510.

La protección del medioambiente y los requisitos de sostenibilidad han impuesto importantes cambios en el ámbito de la construcción. El estudio analiza los nuevos cambios provocados en los proyectos de obra. (R. A. R.)

QUÉZEL-AMBRUNAZ, C.: «Les postes extrapatrimoniaux dans les référentiels d'indemnisation face à l'inflation», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 33, pp. 9-14.

Los parámetros indicativos de indemnización tienen una gran influencia en la cuantificación de las partidas de daños extrapatrimoniales. En tiempos de fuerte inflación, se plantea la cuestión del ajuste de estos parámetros a la evolución de los precios. El objeto de este artículo es abogar por una consideración de la inflación a la hora de indemnizar las partidas extrapatrimoniales, y comparar diferentes versiones de referenciales. (R. A. R.)

RIAS, N.: «Démolition-reconstruction, responsabilité contractuelle et contrôle de proportionnalité un triptyque détonant!», *JCP G*, 2023, num. 41, pp. 1779-1781.

Los problemas en la nueva concepción de la responsabilidad civil contractual. Incidencia de la proporcionalidad. (R. A. R.)

RICCIO, G. M.: «Dati personali e rimedi: diritti degli interessati e profili risarcitori», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1125-1135.

Comentario a los autos de la *Corte di Cassazione* de 4 de abril de 2023, núm. 9313, y 12 de mayo de 2023, núm. 13073, en torno a los cuales se examina la evolución legislativa en materia de protección de datos. Apoyándose en la jurisprudencia del TJUE y en el Derecho comparado, el autor razona que el derecho de acceso no requiere probar que el profesional tiene en su poder datos del particular, siendo preferible invertir la carga de la prueba; pero matiza que esta solución no se puede extender a otros aspectos de la responsabilidad por tratamiento ilícito de datos, como la existencia del daño, que debe ser probada. (C. C. S.)

RODRÍGUEZ, M. L., JACQUIN, A.: «De la propriété commerciale à Monaco: si proche et si loin de la France !», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 22 especial, pp. 45-48.

Nacida en el siglo XIX, la propiedad comercial no es una noción universal, pero es compartida por varios países, entre ellos Francia, y en particular por uno de sus vecinos, el Principado de Mónaco. El texto fundacional en la materia fue adoptado por el «Rocher a la salida del segundo conflicto mundial»; se inspiraba además fuertemente en la ley francesa del 30 de junio de 1926 por la que se regulan las relaciones entre inquilinos y arrendadores en lo que se refiere a la renovación de los contratos de alquiler de inmuebles o de locales de uso comercial o industrial. Si bien una lectura rápida del estatuto monegasco de los arrendamientos comerciales puede hacer pensar que está muy próximo al estatuto francés, sus particularidades son en realidad numerosas. (R. A. R.)

RUGGIERO, F.: «Ancora sull'art. 2042 cod. civ.: l'ulteriore eccezione alla regola della sussidiarietà in astratto», *NGCC*, 2023, núm. 6, pp. 1203-1210.

Sucinto artículo sobre el requisito de subsidiariedad en la acción de enriquecimiento injusto. A partir de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 15 de mayo de 2023, núm. 13203, la autora sostiene que tal requisito debe interpretarse, no en abstracto, sino en función de la viabilidad de otros remedios disponibles en el caso. De este modo, ejemplifica, cuando se declara la nulidad de un contrato se hace inviable el ejercicio de acciones contractuales, por lo que puede acudir a la figura del enriquecimiento injusto directamente sin agotar aquellas antes. (C. C. S.)

RUSO, F.: «Il punto delle Sezioni Unite sulla meritevolezza della clausola rischio cambio», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 849-865.

Comentario a la sentencia del Pleno la *Corte di Cassazione* de 23 de febrero de 2023, núm. 5657, que aborda, al hilo de un contrato de *leasing* inmobiliario entre profesionales referenciado al franco suizo, la validez de la cláusula que impone al contratante el riesgo del tipo de cambio. Sumándose a la opinión de la Corte, el autor critica cómo la jurisprudencia menor tiende a resolver problemas de desequilibrios en las prestaciones acudiendo al artículo 1322. II del *Codice civile*, según el cual un contrato atípico sólo es válido si sirve para realizar «intereses mercedores de tutela», y aboga por moderar la aplicación de este precepto. También razona que dicha cláusula no convierte el contrato en un producto derivado ni es contraria a la buena fe. (C. C. S.)

SALANITRO, U.: «Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno nel prisma della corte di giustizia», *RDC*, 2023, núm. 3, pp. 426-457.

Estudio de los efectos del tratamiento ilícito de datos personales en relación con la indemnización por los daños causados: Obligaciones de conducta y criterios de imputación de responsabilidad, entre la culpa y la responsabilidad objetiva. Especial tratamiento al ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva y la selección de los daños indemnizable. (*M. R. D. R.*)

SERINET, Y. M.: «Assimilation du vendeur professionnel à celui qui connaît les vices de la chose. La jurisprudence de Pont-Saint-Esprit tient bon», *JCP G*, 2023, núm. 37, pp. 1589-1592.

Análisis de la postura jurisprudencial donde se asimila jurídicamente al vendedor profesional con un vendedor particular que tiene conocimiento de los vicios de la cosa vendida. (*R. A. R.*)

SONI, S.: «Regulating Buy Now, Pay Later: Consumer Financial Protection in The Era of Fintech», *Colum. L. Rev. Rev.*, 2023, vol. 123, núm. 7, pp. 2035-2076.

El autor estudia el fenómeno *Buy Now, Pay Later* (BNPL), es decir, las transacciones relativas al llamado «compre ahora, pague después» para toda una serie de productos *Fintech*. Se observa cómo existe una coyuntura crítica en el desarrollo de la normativa de protección financiera del consumidor de la era contemporánea y que se exige un enfoque normativo innovador en este panorama dominado por la tecnología financiera. Se resaltan los nuevos retos regulatorios de este sistema, que es presentado esencialmente como una alternativa al crédito sin intereses, estudiándose asimismo con particular atención el rol que puede cumplir en los Estados Unidos la Oficina de Protección Financiera del Consumidor (CFPB). (*A. F.*)

TESCARO, M.: «La prescrizione in prospettiva funzionale: ruolo dell'autonomia privata, efficacia e rapporti con altri istituti», *RDC*, 2023, núm. 4, pp. 670-694.

Reflexión sobre el papel de la autonomía de la voluntad en el ejercicio y efectos de la prescripción de acciones, en relación con otras instituciones: inicio y duración del plazo, causas de prórroga del plazo, relación con la figura de la caducidad, y comparación con el Derecho alemán y francés. (*M. R. D. R.*)

TORMEN, L.: «Clause *sole remedy*: ammissibilità, limiti e considerazioni pratiche su come redigerle», *CI*, 2023, núm. 3, pp. 836-852.

El trabajo analiza la validez de las llamadas «cláusulas de único remedio» (*sole [and exclusive] remedy provisions*), importadas por los operadores italianos desde los ordenamientos del *common law*. Se trata del pacto por el que las partes acuerdan excluir la resolución del contrato por incumplimiento. A juicio del autor, una cláusula de este tipo es conforme al Derecho italiano siempre que no impida el recurso a otros remedios (*i. e.* cumplimiento específico y resarcimiento de daños) y no se extienda a los supuestos de incumplimiento doloso o gravemente culposo (*ex art. 1229 c.c.* [cfr. art. 1102 CC]). En consecuencia, recomienda redactarlas especificando las concretas prestaciones que constituyen su objeto, resaltando los remedios que quedan a disposición de las partes y excluyendo los supues-

tos de dolo y culpa grave. En Derecho español, la validez de estos pactos no debería plantear mayores problemas al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). De hecho, un argumento a favor podría verse en el artículo 85.5 TRLGDCU, que reputa abusivas aquellas «cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aun cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones». Y es que esta norma sólo tiene sentido si se parte de que, con carácter general, es lícito excluir la resolución por incumplimiento. (E. G. P.)

TRAVAN, G.: «Il concorso colposo del minore d'età», *CI*, 2023, núm. 3, pp. 984-1006.

El artículo analiza críticamente la doctrina sentada por la Corte de Casación en materia de responsabilidad civil en caso de concurso culpable de la víctima menor de edad. Según esta doctrina (que se remonta a la sentencia núm. 351, de 17 de febrero de 1964), es posible reducir el *quantum* indemnizatorio siempre que el incapaz haya contribuido con su conducta a la causación del daño, aun cuando se le considere totalmente inimputable. Frente a ello, en los países de Derecho común se ha desarrollado la llamada *tender years doctrine*, en virtud de la cual habría que diferenciar según que el menor cocausante del daño haya alcanzado o no una determinada edad: por debajo de los cuatro o cinco años, el menor se considera siempre irresponsable; por encima de esa edad, hay que llevar a cabo un primer juicio subjetivo para comprobar si estamos ante una persona *capable of being negligent*, en atención a su grado de madurez y a sus experiencias personales, y posteriormente un juicio objetivo en el que se compara su comportamiento con el que hubiera desarrollado un sujeto de la misma edad, razonablemente prudente y con una capacidad y conocimientos similares. En Francia, donde hasta ahora la jurisprudencia ha seguido un criterio muy parecido al italiano, se está discutiendo desde hace años un proyecto de reforma de la responsabilidad civil que acoge una solución radicalmente distinta, por cuanto se prevé que, «a menos que revista los caracteres de la fuerza mayor, la culpa de la víctima privada de discernimiento carece de efectos exoneratorios» (*vid.* el proyectado artículo 1255 del *Code civil*). Por su parte, el autor considera que el menor de edad incapaz de entender y querer debería poder reclamar la reparación íntegra, si bien el dañante tendría derecho a repetir frente al adulto garante que hubiera concurrido a la causación del daño con su conducta omisiva. Ahora bien, como él mismo reconoce, esta solución, que es relativa sencilla cuando la posición de garante la ocupa un tercero (*v. gr.* un cuidador), presenta algunas dificultades prácticas en los supuestos en los que son los padres quienes favorecen el evento dañoso. *Vid.* sobre este mismo tema, entre nosotros, DÍAZ ALABART, S.: «Concurrencias de culpas. Víctima menor de edad cocausante del daño», *CCJC*, 1989, núm. 19, pp. 149-158. (E. G. P.)

VALENZA, C. A.: «Mutui in valuta estera: sulla volontà del consumatore quale limite all'integrazione del contratto mediante norma suppletiva», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1013-1025.

Breve análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2022, as. C-80/21, C-81/21 y C-82/21, que se pronuncia sobre las consecuencias de la abusividad de una cláusula en contratos de consumo y las posibilidades de integración. El autor repasa la jurisprudencia precedente sobre la integración o corrección del contrato y pone el acento en la voluntad del consumidor, de modo que si este pide de manera

informada la nulidad del contrato derivada de la abusividad de alguna de sus cláusulas debe prevalecer su petición, aunque fuera posible salvarlo acudiendo a normas supletorias. También aborda el *dies a quo* de la acción de restitución de lo pagado indebidamente a efectos de su prescripción. (C. C. S.)

VALMARY, A.: «La standardisation de la vente des produits agricoles», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 32, pp. 9-12.

El contrato de venta, modelo de distribución de los productos agrícolas en el sentido del artículo L. 631-24 del Código rural y de la pesca marítima, no es el instrumento más eficaz para establecer un sistema de distribución sostenible. Otros contratos, como el contrato marco o el contrato de adhesión, responden también a este fenómeno de contractualización agrícola, que lleva a prever una verdadera normalización de estos contratos. (R. A. R.)

VIETRI, V.: «La clausola di *price adjustment* per sopravvenienze passive facenti capo alla società *target* non è nulla per indeterminatezza dell'oggetto», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1026-1037.

Nota al auto de la *Corte di Cassazione* de 5 de abril de 2023, núm. 9347, que abunda en la determinación del objeto del contrato como requisito para su validez. Al hilo de un contrato de cesión de participaciones sociales, el autor llama a distinguir entre cláusulas de *price adjustment*, que permiten ajustar la contraprestación debida a los pasivos que se verifiquen tras el acuerdo de cesión, pero fundados en hechos anteriores al mismo; y cláusulas de *indemnity*, que conceden una indemnización por perjuicios sobrevenidos con independencia de la fijación del precio. En cualquier caso, defiende que ninguna de estas cláusulas hace que el objeto del contrato sea indeterminado, viciándolo de nulidad. (C. C. S.)

VITALE, L.: «L'exposition fautive au Distilbène ouvre droit à réparation même si elle ne constitue pas la cause exclusive du dommage», *JCP G*, 2023, núm. 49, pp. 2134-2136.

Obligación de reparar el daño cuando uno expone su actuación causante, aunque no sea el único autor. (R. A. R.)

ZALEWSKI-SICARD, V.: «Les différents états d'un logement et leurs conséquences», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 31 especial, pp. 40-44.

¿Se puede alquilar una vivienda indecente? ¿Una vivienda insalubre? ¿Una vivienda que no cumple los requisitos de las normas relativas a la higiene de los locales de habitación? La publicación del Decreto Núm. 2023-695, de 29 de julio de 2023, sobre normas sanitarias de higiene y salubridad de los locales de vivienda y similares, brinda la oportunidad de revisar los diferentes estados de un local para uso residencial y los procedimientos y sanciones correspondientes. (R. A. R.)

ZGLINSKI, J.: «The UK Internal Market: A Global Outlier?», *Cambridge L. J.*, 2023, vol. 82, núm. 3, pp. 530-562.

Tras la salida del Reino Unido de la Unión Europea, se quiere estudiar –mediante una comparación con otros mercados internos nacionales– el nuevo mercado interior británico que, después de la entrada en vigor del *UK Internal Market Act 2020*, se caracteriza por ser, para el autor, un caso atípico que se ha apartado de los modelos internacionales en varios aspectos

importantes, así como por un grado inusual de centralización, fuertes derechos comerciales y un alto potencial para la desregulación. (A. F.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ANSELMO, G.: «Un confronto sulla tutela del diritto morale d'autore tra Regno Unito e Italia: alienabilità e trasferibilità», *DFP*, 2023, núm. 3, pp. 1152-1176.

El artículo estudia la protección de los derechos morales de autor, centrándose en la cuestión de su transmisión. Para ello, pone en comparación la legislación italiana, excesivamente rígida (pues no admite ningún tipo de renuncia sobre los derechos morales de autor), con la británica. (A. M. M.)

CHARPY, A.: «Action(s) oblique(s) et partage de l'indivision portant sur le logement familial», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 41 especial, pp. 47-51.

Cuando el acreedor personal de un inmueble solicita el reparto de una unidad relativa a la vivienda familiar, ¿ejerce un derecho estrictamente vinculado a la persona del deudor? ¿Responde el párrafo 3 del artículo 815-17 del Código Civil a las mismas condiciones que el artículo 1341-1 del Código Civil? La jurisprudencia reciente del Tribunal de Casación parece separar estas dos acciones en favor de los acreedores, pero en detrimento de la protección de la vivienda familiar. (R. A. R.)

ERCOLANI, E.: «L'estrazione di testi e di dati all'incrocio tra ricerca e business», *Dir. Aut.*, 2023, núm. 2, pp. 225-253.

El artículo gira en torno a la excepción de minería de textos y datos. La autora considera que se trata de un límite a los derechos de autor que está a medio camino entre la investigación y la explotación comercial. Comienza analizando la normativa internacional sobre las excepciones a los derechos, para luego ir aterrizando en el tema principal, desde los primeros intentos de regular la minería de textos y datos hasta la Directiva de derecho de autor en el mercado único digital, pasando por la Directiva de derechos de autor en la sociedad de la información y la Directiva sobre protección de las bases de datos. El estudio abarca también la transposición de estas normas en el Derecho italiano y acaba con un apartado sobre la (entonces) propuesta de Reglamento de la UE sobre inteligencia artificial. (S. L. M.)

FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN, J.: «Journalisme numérique: deux modèles de gestion des droits», *RIDA*, 2023, núm. 277, pp. 193-215.

El autor se plantea cuál es el mejor modelo para la gestión de los derechos de las editoriales de prensa digital. Comienza planteando la confrontación entre dos posibles modelos: uno caracterizado por la irrenunciabilidad de los derechos y la gestión colectiva obligatoria, y otro caracterizado por la posibilidad de renuncia y la gestión colectiva voluntaria. El autor hace una valoración de cómo ambos modelos se han aplicado en España, el primero a través del artículo 32.2. I LPI, vigente desde 2014 a 2021, y el segundo a través del artículo 129 bis LPI, vigente desde 2021, a partir de la transposición en España del artículo 15 de la Directiva sobre derecho de autor en el mercado único digital. (S. L. M.)

FORESTA, D.: «L'espropriazione senza occupazione impedisce l'usucapione?», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 888-900.

Comentario crítico a la sentencia del Pleno de la *Corte di Cassazione* de 12 de enero de 2023, núm. 651, que deniega la usucapión de un terreno que, tras ser expropiado por un Ayuntamiento, no llegó a ser ocupado y fue transmitido a un tercero, que lo explotó durante más de veinte años. El autor critica el razonamiento de la sentencia, que afirma que el decreto de expropiación da por sí mismo al bien carácter indisponible y elimina las situaciones de hecho y de derecho incompatibles con la expropiación, y defiende que el terreno debía considerarse válidamente usucapido. (C. C. S.)

GINSBURG, J. C., MOSCATI, L.: «Durée du droit d'auteur et des droits voisins: perspectives historique et comparative», *RIDA*, 2023, núm. 278, pp. 133-176.

Las autoras presentan un estudio sobre la duración de los derechos de autor y de los derechos conexos desde una perspectiva histórica y comparada. Comienzan contando la contribución de Locke y Napoleón a esta cuestión. A continuación, se centran en la duración de estos derechos durante los siglos xviii y xix en Reino Unido, en Estados Unidos y en Europa. Igualmente, hacen hincapié en la uniformidad de la duración en Europa y en la internacionalización de los derechos de autor, haciendo un recorrido por los distintos tratados que han venido regulándolos. Acaban el artículo desarrollando el estado actual de la cuestión. (S. L. M.)

GUTIÉRREZ, B. M.: «Ancora sull'azione di accertamento della (non) autenticità di un'opera d'arte. La sentenza n. 4750/2023 del Tribunale di Milano. Considerazioni sul piano dell'interesse ad agire», *Dir. Aut.*, 2023, núm. 2, pp. 254-261.

Se trata de un breve estudio sobre la sentencia número 4750 de 2023 del Tribunal de Milán, relativa a una acción sobre la autenticidad de una obra de arte. Tras exponer los hechos, la autora analiza cada uno de los argumentos del tribunal y se termina planteando si dicha acción supone el reconocimiento de un derecho o se trata de una acción meramente declarativa. (S. L. M.)

HUMBER, H. J.: «A Home for Digital Equity: Algorithmic Redlining and Property Technology», *Cal. L. Rev.*, 2023, vol. 111, núm. 5, pp. 1421-1484.

Este artículo es uno de los primeros que aborda las llamadas *Property technologies* (PropTech), es decir, aquellas innovaciones que automatizan las transacciones inmobiliarias. Se observa cómo actualmente la selección automática de inquilinos es asociada a algoritmos de aprendizaje automático que procesan datos cuales, por ejemplo, puntuaciones de crédito, registros de desahucios y antecedentes penales. Se advierte la necesidad de adoptar una oportuna estrategia jurídica y regular de forma adecuada los algoritmos. De lo contrario, la automatización de estos mercados podría incluso conducir en los Estados Unidos a la discriminación racial y la segregación en la vivienda. (A. F.)

LIACE, G.: «Le opere d'arte come strumento finanziario», *Dir. Aut.*, 2023, núm. 3, pp. 470-477.

El autor incorpora en su trabajo un análisis de las obras de arte como instrumentos financieros y cómo se explotan actualmente a través de los avances tecnológicos. En particular, hace referencia a los NFT's en este sector y profundiza en las condiciones que deben darse para que una obra de arte

sea entendida como un producto financiero. Remata el artículo desarrollando la posición de la jurisprudencia al respecto. (S. L. M.)

LONGHINI, S.: «Collecting societies: non tutte le liberalizzazioni escono col buco (ma non per questo sono da buttare)», *Dir. Aut.*, 2023, núm. 2, pp. 262-273.

El artículo es un breve estudio sobre las entidades de gestión colectiva y la liberalización de la gestión de los derechos de propiedad intelectual. Tras analizar cómo las normas regulan esta cuestión y los diferentes derechos sometidos a gestión colectiva, se centra en destacar qué es lo que ocurre en la realidad y cuál es la mejor manera de beneficiar a los titulares de estos derechos. (S. L. M.)

MASINI, L.: «Il fondo speciale per le opere di manutenzione straordinaria e le innovazioni: una rilettura dell'art. 1135, comma 1.º, n. 4, cod. civ.», *NGCC*, 2023, núm. 6, pp. 1222-1228.

Crítica al auto de la *Corte di Cassazione* de 5 de abril de 2023, núm. 9388, según el cual el acuerdo de una comunidad de propietarios de realizar obras de mantenimiento extraordinarias es nulo si no se constituye el fondo especial de garantía exigido por la ley, incluso si el contratista estuvo de acuerdo y las obras se han concluido sin problemas de solvencia. La autora sostiene que el acuerdo debe entenderse referido a la realización de las obras y que, por tanto, la constitución del fondo no es un requisito de validez del acuerdo sino una obligación legal de hacer derivada del mismo. También se plantea, en caso de que se considere un presupuesto de validez, cuál sería el tipo de ineficacia oportuno. (C. C. S.)

MAZZONI, E.: «Gli effetti dell'attuazione in Italia della Direttiva UE 2019/790 sulla trasmissione dei diritti di utilizzazione spettanti agli autori e artista (interpreti o esecutori)», *NLCC*, 2023, núm. 3, pp. 614-649.

Reflexiones sobre la transposición de los artículos 19 a 22 de la Directiva (UE) 2019/790 y la introducción del principio de transparencia en la remuneración adecuada y proporcionada, considerando que los autores e intérpretes necesitan información para poder cuantificar el valor económico de sus derechos, armonizados en virtud del Derecho de la Unión. Particular atención al supuesto de personas físicas que conceden una licencia o realizan una cesión de derechos con fines de explotación a cambio de una remuneración. (M. R. D. R.)

MIHALY, F.: «Un château bâti sur des sables mouvants: la théorie du «nouveau public» sur l'applicabilité des droits de communication et de mise à disposition du public et les tentatives pour la corriger», *RIDA*, 2023, núm. 277, pp. 133-192.

El autor hace un recorrido por la jurisprudencia del TJUE relativa al concepto de comunicación al público, centrándose, sobre todo, en las distintas teorías que han marcado su delimitación. En particular: la teoría del público nuevo, la teoría de los medios técnicos específicos y la teoría del acceso restringido. Tras explicar la opinión de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI), se centra en el caso *Svensson*, que combina las tres teorías, en el caso *Renckhoff*, donde el TJUE rechaza la teoría del público nuevo, y en el caso *VG Build Kunst*, donde vuelve, de nuevo, a la triple teoría. El estudio acaba con un análisis de cómo la jurisprudencia del TJUE en los casos

señalados ha marcado la regulación de la excepción de minería de textos y datos, incluida en el artículo 4 de la Directiva sobre derecho de autor en el mercado único digital. (S. L. M.)

MORETTI, M.: «Intelligenza artificiale tra diritti e responsabilità», *Dir. Aut.*, 2023, núm. 3, pp. 455-469.

El artículo trata el tema de la inteligencia artificial y su relación con los derechos y la responsabilidad. El autor compara este avance tecnológico con el desarrollo de los ordenadores. Una vez expuesta la «AI Act» de la UE, estudia el nexo entre la inteligencia artificial y la ley, y cómo la innovación tecnológica influye en las normas y en las sentencias. Además, valora las consecuencias jurídicas de la inteligencia artificial y acaba el trabajo con una reflexión sobre la aplicación del derecho de autor sobre los productos generados por esos sistemas. (S. L. M.)

PATTI, S.: «L'animum possidendi dal diritto romano al codice civile. Brevi note», *RDC*, 2023, núm. 4, pp. 631-641.

Notas sobre la evolución histórica del tratamiento de la figura del *animus possidendi* desde el Derecho Romano al Código Civil, para diferenciar la mera tenencia del derecho de posesión. (M. R. D. R.)

SIROTTI GAUDENZINI, A.: «La natura dei diritti del produttore di opera cinematografica nel più recente orientamento della Suprema Corte», *Dir. Aut.*, 2023, núm. 2, pp. 274-285.

El autor elabora un estudio sobre la naturaleza jurídica de los derechos de los productores de obras cinematográficas a raíz de la sentencia núm. 14117 de 2023 del Tribunal Supremo. Explica los hechos que dieron lugar a ese pronunciamiento (un enfrentamiento entre unos productores audiovisuales y la plataforma YouTube), las normas que regulan estos derechos y la prueba de su titularidad. (S. L. M.)

TOMASI, S.: «Usi civici e limiti alla circolazione della proprietà», *NGCC*, 2023, núm. 6, pp. 1280-1292.

Anotaciones a la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 15 de junio de 2023, núm. 119, que declara inconstitucional la norma que hace inalienables los terrenos privados afectadas por *usi civici* (servidumbres en beneficio de los vecinos del Ayuntamiento). El autor analiza la evolución normativa y jurisprudencial que han sufrido las limitaciones a la circulación de la propiedad derivados de la existencia de servidumbres vecinales. (C. C. S.)

TOTA, M.: «La protection des garants pour autrui dans le livre V du projet de Code européen de droit des affaires», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 40, pp. 18-21.

La Asociación Henri Capitant presentó su proyecto de Código Europeo de Derecho Mercantil el 29 de septiembre de 2023 en Roma. Se trata de un proyecto ambicioso, y propone dedicar un libro entero al derecho de las garantías reales. Este último, que retoma la *summa divisio* tradicional entre garantías personales y garantías reales, no reserva un régimen específico para los garantes para terceros. Ahora bien, si sus redactores proponen normas de protección para los garantes personales adaptándolas en función de la seguridad personal, Algunas de las normas propuestas tienen por objeto limitar la

libertad contractual y dan lugar a un monopolio a veces inoportuno del eurofianza que es una de las garantías personales de este libro V. (R. A. R.)

– «Notification des sûretés sur créances et procédures collectives: un régime à parfaire !», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 29 especial, pp. 39-43.

La Ordenanza núm. 2021-1192, de 15 de septiembre de 2021, relativa a la reforma del derecho de garantías, consagró en el Código Civil la cesión de créditos a título de garantía de derecho común y precisó también el régimen de la pignoración de créditos de derecho común. Si bien la Ordenanza núm. 2021-1193 de la misma fecha modificó las disposiciones del Código de Comercio, en particular para neutralizar la eficacia de las garantías reales sobre créditos futuros, al tiempo que se reserva una excepción para la cesión Dailly, se advierte, sin embargo, que las normas de los procedimientos colectivos comerciales apenas comprenden las garantías reales sobre créditos, y más concretamente su notificación. (R. A. R.)

ZHE, D.: «La reconnaissance du système de droit d'œuvre: un système situé entre le droit d'auteur et le «copyright»», *RIDA*, 2023, núm. 278, pp. 177-218.

El autor hace una comparativa entre el sistema de derecho de autor, propio de los países europeos, y el sistema del derecho de obra, característico de Japón, China, Taiwán, Corea del Norte y Corea del Sur. En la primera parte del trabajo, destaca las diferencias y semejanzas entre ambos sistemas, en lo que tiene que ver con los derechos morales del autor, los tipos de obras protegidos, el requisito de la originalidad, el régimen de los autores asalariados, el régimen de las obras audiovisuales, el régimen del encargo de obra y los derechos patrimoniales. A continuación, el autor desarrolla las características del sistema del derecho de obra, proponiendo mejoras, como la exclusión de los derechos morales de la gestión colectiva, el rechazo a que los resultados generados por inteligencia artificial sean protegidos como obra o la necesidad de clarificar las ambigüedades planteadas por el requisito de la originalidad. (S. L. M.)

DERECHO DE FAMILIA

BENANTI, C.: «Tutela del convivente che abbia compiuto dei sacrifici lavorativi prima dell'introduzione con legge dell'unione civile», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1081-1093.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 27 de enero de 2023, núm. 2507, que remite al Pleno la posibilidad de extender la compensación que la ley reconoce al excónyuge por los sacrificios laborales realizados durante el matrimonio (*assegno divorzile*) a las parejas de hecho. Como señala la comentarista, el problema radica en las situaciones anteriores a la *legge 76/2016*, que adaptó el ordenamiento italiano a la jurisprudencia del TEDH sobre protección de uniones civiles entre personas del mismo sexo, pues dicha ley carece de aplicación retroactiva. La autora valora los posibles pronunciamientos del Pleno y apunta criterios que pueden ser relevantes para conceder o denegar la pensión. (C. C. S.)

CANONICO, M.: «Sospensione feriale dei termini processuali e pretesa estensione dell'efficacia di norme speciali ed eccezionali», *DFP*, 2023, núm. 3, pp. 1081-1095.

Se trata de un comentario a una sorprendente sentencia de la *Corte di cassazione* de junio de 2023. En concreto, la sentencia se separa de la jurisprudencia precedente, y de lo dispuesto normativamente en relación con la suspensión estival de los procesos, al negar que se pueda aplicar tal suspensión a los procedimientos relativos a la pensión alimenticia de cónyuges y descendientes. (A. M. M.)

CARAPEZZA FIGLIA, G.: «*Sharenting*: nuovi conflitti familiari e rimedi civili», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1104-1111.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Rieti de 17 de octubre de 2022, núm. 443, relativa al fenómeno del *sharenting* (padres o familiares que comparten en redes sociales imágenes y datos de sus hijos menores de edad). El autor se pregunta si, en casos de desacuerdo de los padres, basta con el consentimiento de uno o se requiere el de ambos, posicionándose a favor de esta última opción con apoyo en la jurisprudencia. (C. C. S.)

CHECCHINI, B.: «Famiglie omoaffettive: tra dichiarazione di nascita ed adozione in casi particolari», *NGCC*, 2023, núm. 6, pp. 1373-1383.

Ensayo sobre la regulación de la filiación en el caso de parejas homosexuales en el ordenamiento italiano. La autora compara las reglas sobre filiación en casos de procreación natural y mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, tanto en parejas casadas como en uniones civiles, y se cuestiona la constitucionalidad de las normas que sólo permiten registrar dos filiaciones en caso de que se trate de progenitores de distinto sexo. Concluye exponiendo las distintas soluciones jurisprudenciales que se han construido en este punto. (C. C. S.)

DELLA BIANCA, M.: «L'interruzione dei rapporti con i nipoti non esclude il diritto di visita dei nonni», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 793-800.

Artículo que, al hilo del auto de la *Corte di Cassazione* de 23 de noviembre de 2022, núm. 34566, repasa la evolución normativa y jurisprudencial que ha sufrido el derecho de los abuelos a mantener relación con sus nietos, incluso si la misma se interrumpió temporalmente por la desidia de aquellos. La autora destaca la necesidad de valorar el interés superior del menor y profundiza en los requisitos para conceder este derecho, así como en las circunstancias que pueden dar lugar a su exclusión. (C. C. S.)

DI NAPOLI, N.: «Per una interpretazione integrativa e costituzionalmente conforme dell'art. 230-ter c.c.», *DFP*, 2023, núm. 3, pp. 1042-1071.

El trabajo analiza la regulación que contiene el Código civil italiano respecto de la presunción de gratuidad del servicio que presta el conviviente de hecho en la empresa familiar. A partir de la comparación de la regulación del artículo 230-ter c.c. con lo que prevé igualmente el Código para el cónyuge en ese mismo caso, se plantea cómo interpretar la norma para evitar su posible inconstitucionalidad. (A. M. M.)

DINECHIN, J.: «Stock-options et dépense d'amélioration d'un bien propre en nue-propriété: deux cas particuliers de liquidation du régime légal», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 39, pp. 22-25.

Comentario jurisprudencial sobre stock-options y gasto de mejora de un bien propio en venta: dos casos particulares de liquidación del régimen legal. Las opciones sobre acciones que no hayan sido retiradas antes de la liquidación del régimen no podrán incorporarse a la comunidad. El gasto de mejora efectuado por la comunidad en un bien propio, en nuda propiedad por uno de los cónyuges, y cuya plena propiedad haya sido recuperada antes de la liquidación del régimen, da lugar a una recompensa que debe calcularse en función del valor del bien en plena propiedad. (*R. A. R.*)

DISALVO, F.: «Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione procreativa e migliore interesse del minore», *DFP*, 2023, núm. 3, pp. 1177-1212.

Se trata de un estudio sobre la maternidad subrogada que aboga por una apertura del sistema, en clave de solidaridad. El trabajo contiene un análisis de la jurisprudencia más reciente, que lleva a que el autor ponga de relieve la dificultad de establecer un equilibrio entre la autonomía procreativa y el interés superior del menor. (*A. M. M.*)

– «Status filiationis e anonimato materno: un delicato bilanciamento tra diritti», *DFP*, 2023, núm. 3, pp. 1384-1426.

El autor analiza la contraposición entre el derecho del adoptado a conocer sus orígenes y el de la madre biológica a permanecer en el anonimato. Para ello, lleva a cabo un estudio del derecho comparado en el ámbito europeo, así como de la evolución de la jurisprudencia en la materia, poniendo de relieve las cuestiones problemáticas que requerirían de una intervención del legislador para su solución. (*A. M. M.*)

FREZZA, G.: «Trasferimenti immobiliari nella separazione e nel divorzio dopo la c.d. Riforma Cartabia», *DFP*, 2023, núm. 3, pp. 1213-1228.

El artículo se centra en una cuestión sobre la que introduce importantes modificaciones la llamada «Reforma de Cartabia»: la transmisión de bienes inmobiliarios en el contexto de la separación y el divorcio. Entre otras medidas novedosas, se hace referencia a los acuerdos alcanzados a través de mediación y a los controles sustanciales y formales que se establecen para los acuerdos de transmisión de inmuebles. (*A. M. M.*)

GUIGUET-SCHIELÉ, Q.: «Nouvel appel à modifier l'article 265 du Code civil sur les avantages matrimoniaux: la Cour de cassation en plein paradoxe», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 41 especial, pp. 42-46.

En su informe anual 2022, publicado recientemente en su sitio web, el Tribunal de Casación vuelve sobre su interpretación del artículo 265 del Código Civil y pide una modificación del texto que atenta gravemente contra la libertad de los convenios matrimoniales. Este posicionamiento es paradójico porque el propio Tribunal ha contribuido al agravamiento del problema que denuncia y dispone de toda libertad para salir de esta situación de bloqueo. (*R. A. R.*)

MAHUZIER, O.: «Du danger conjugal au motif légitime. Renouveler le raisonnement juridique de l'ordonnance de protection», *JCP G*, 2023, núm. 48, pp. 2109-2112.

La orden de protección en el ámbito de la violencia de género y el peligro conyugal como motivo de aplicación de las normas de protección. (R. A. R.)

MULON, E., TERVIT, J.: «Séparation des couples: la liquidation-partage dans tous ses états», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 33 especial, pp. 37-41.

El procedimiento de liquidación-reparto, a pesar de su complejidad prima facie, obedece en realidad a reglas simples. Su principal dificultad reside en el plazo que puede transcurrir entre la resolución definitiva del divorcio y el inicio de las operaciones de liquidación-reparto, que también pueden ser muy largas, considerando además las diferentes prescripciones aplicables en la materia. Existe una solución, desgraciadamente demasiado poco utilizada, que permite evitar este inconveniente: el artículo 267 del Código Civil, que hace del juez de divorcio también el juez de la liquidación-división. (R. A. R.)

PASQUILI, R.: «Le linee evolutive della responsabilità nelle relazioni familiari», *RDC*, 2023, núm. 6, pp. 1080-1102.

Estudio de supuestos de daños en el ámbito familiar en relación con el principio de solidaridad familiar: relaciones de pareja, filiales, etc. (M. R. D. R.)

PINELLI, A. M.: «La maternità surrogata lede sempre la dignità della donna. Le regioni di un divieto che non confligge con la tutela del nato dalla pratica illecita», *DFP*, 2023, núm. 3, pp. 1258-1285.

El autor adopta una perspectiva crítica sobre la maternidad subrogada, sobre la idea de que siempre supone una lesión a la dignidad de la gestante. Afirmando la pertinencia de la prohibición de esta práctica, se propone una intervención del legislador para resolver algunas cuestiones cuya solución no es satisfactoria en la actualidad. Aunque el interés del nacido como fruto de estas prácticas se tutela actualmente por vía de la adopción por parte de los comitentes, así como con la intervención de los tribunales, se considera preferible una reforma general de la normativa sobre adopción. (A. M. M.)

POLISENO, B.: «L'ambito di applicazione del procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie», *NLCC*, 2023, núms. 4-5, pp. 818-828.

Normas de distribución de litigios en materia de persona, menores y familia. (M. R. D. R.)

SADI, D.: «Les dommages-intérêts spéciaux du divorce cantonnés au seul préjudice du fait de la rupture», *JCP G*, 2023, núm. 42, pp. 1826-1828.

La particularidad de la indemnización al cónyuge perjudicado con la ruptura es analizada por el autor en este trabajo. (R. A. R.)

SENIGAGLIA, R.: «L'identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parental contro system», *NLCC*, 2023, núm. 6, pp. 1568-1602.

Reflexión sobre la vida social de los menores en Internet y la necesidad de educar en la formación de la identidad: El deber de vigilancia de los padres frente al libre acceso del menor a los contenidos de la red. Protección del menor frente a contenidos ilícitos y sistemas de control parental. Visión de derecho comparado con la ley del menor inglesa y sus diferentes disposiciones según la edad del menor. (*M. R. D. R.*)

SPADAFORA, A.: «Le novità del simultaneus processus e gli spunti per una riflessione antidogmatica (sulla predeterminazione negoziale degli assetti post-affettivi)», *DFP*, 2023, núm. 3, pp. 1286-1314.

El trabajo desarrolla la tesis de que una interpretación literal y sistemática de la reciente reforma del proceso civil en materia de persona, menores y familia, permite afirmar que actualmente es posible acumular procesalmente la solicitud de separación y de divorcio si los cónyuges están de acuerdo. El autor analiza las consecuencias de esta interpretación, especialmente en relación con la dicotomía entre pensión alimenticia e indemnización por divorcio, y en relación con los instrumentos contractuales previstos a través de la mediación. (*A. M. M.*)

THIENE, A.: «Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile», *DFP*, 2023, núm. 3, pp. 1315-1340.

La autora muestra una mirada crítica hacia la reforma del proceso civil en materia de persona, menores y familias, en relación con algunas de sus previsiones que afectan a los menores. Se analiza en concreto cómo las nuevas normas relativas al nombramiento de personas que actúan en sustitución de los padres, cuando éstos ejercitan de manera deficiente sus funciones, lejos de aportar una solución, pueden causar más conflictos y están creando actualmente problemas en su aplicación. (*A. M. M.*)

THIL, P. J.: «S'aimer et évoluer: quelle articulation entre les différentes formes conjugales successivement adoptées ?», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 26 especial, pp. 37-40.

Las parejas estables se ven obligadas a optar por uno de los tres modos de conyugalidad competidores que se les ofrecen actualmente: el concubinato, el pacto civil de solidaridad (pacs) y el matrimonio. Pero resulta que la elección hecha en un momento dado no es necesariamente definitiva. En la práctica, no es raro que una pareja se vea obligada a vivir sucesivamente bajo cada uno de estos tres estatutos. Si la unión permanece estable en un plano personal, evoluciona profundamente en el plano patrimonial, lo que no siempre será bien anticipado por aquellos que, hoy en día, eran, en el pasado, concubinos y/o compañeros. (*R. A. R.*)

ZANNELLI, C.: «L'art. 384 c.p. e la sua applicabilità al convivente more uxorio. Un'occasione per interrogarsi sull'ordina fattualità del diritto», *DFP*, 2023, núm. 3, pp. 1341-1383.

El artículo analiza la jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 384 del Código Penal italiano, que establece las causas de exculpación y, en concreto, la exculpación por miedo insuperable. Se plantea en concreto la extensión y pertinencia de la extensión a los convivientes de hecho de esta controvertida categoría de la inexigibilidad. (*A. M. M.*)

DERECHO DE SUCESIONES

DE PAMPHILIS, M.: «Tutela dell'aspettativa successoria, azione di simulazione e interesse ad agire del legittimario *in pectore*», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1170-1181.

Ensayo sobre la tutela que el ordenamiento italiano brinda al legitimario expectante antes de la apertura de la sucesión, centrado en las acciones de simulación, la nulidad del negocio disimulado y los derechos de terceros subadquirentes antes y después de diversas reformas operadas en 2015. A juicio del autor, una vez que el legislador ha reconocido la expectativa sucesoria como interés digno de tutela, debe meditarse sobre una ampliación de esta protección. (C. C. S.)

PATTI, F. P.: «Problematiche attuali e prospettive di riforma del diritto successorio», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 968-979.

Ensayo sobre el Derecho de sucesiones en Italia que resume las principales reformas operadas en el último siglo, al tiempo que destaca algunos cambios pendientes en distintos ámbitos, como la autonomía del causante, la tutela de los derechos legitimarios de ciertos parientes, la protección del testador vulnerable y la adaptación a las nuevas tecnologías. (C. C. S.)

PROTO, M.: «Ámbito semántico della parola dolo nell'impugnazione del testamento», *RDC*, 2023, núm. 6, pp. 1103-1115.

Estudio de la figura del dolo contractual y dolo testamentario: impugnación del testamento, indignidad para suceder, cuestiones de prueba. (M. R. D. R.)

SITTA ZANUSSI, S.: «Sulla configurabilità di una pluralità di «case adibite a residenza familiare» per i fini di cui all'art. 540, comma 2.º, cod. civ.», *NGCC*, 2023, núm. 5, pp. 1064-1070.

Crítica a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 10 de marzo de 2023, núm. 7128, que se pronuncia sobre la extensión del concepto de «residencia habitual» a efectos de determinar el inmueble sobre el que recae el derecho de habitación del cónyuge supérstite. Apartándose del pronunciamiento de la Corte, el autor repasa los orígenes y fundamento de este derecho y argumenta que aquel concepto debe ser objeto de una valoración individualizada en función del caudal relicto, sin que *a priori* deba excluirse que pueda afectar a más de un inmueble. (C. C. S.)

SPOSINI, L.: «Dal consumatore medio alla razionalità limitata nella Direttiva n. 29/2005 CE», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 781-792.

Reseña a la decisión del *Consiglio di Stato* italiano de 10 de octubre de 2022, núm. 8650, relativa a unas cuestiones prejudiciales que se presentan al TJUE en torno al concepto de consumidor medio. La autora considera que esta decisión supone un paso adelante, pues se plantea, al definir cómo toma un consumidor medio sus decisiones, abandonar la teoría del *homo oeconomicus* y adoptar la teoría de la racionalidad limitada. Esto permitiría entrar a valorar cómo influye en sus decisiones la manera en que se presenta la información por el profesional. (C. C. S.)

VENTURELLI, A.: «Divisione testamentaria incompleta e vis expansiva della institutio ex re certa», *RDC*, 2023, núm. 3, pp. 542-564.

Análisis de la restitución de bienes no incluidos en la división testamentaria y sus efectos respecto de la institución de heredero en cuota o en cosa cierta. Revisión del problema del respeto de la voluntad del testador y la adaptación a circunstancias sobrevenidas. (*M. R. D. R.*)

VERDICCHIO, V.: «Donazioni e aspettativa d'acquisto del legittimario in pectore», *RDC*, 2023, núm. 4, pp. 695-720.

Estudio de la legitimación inmediata del potencial reservista, con el fideicomitente incluso en vida, para ejercitar una acción de simulación contra la escritura de disposición que encubre una donación: la tradicional solución negativa. El argumento de la inexistencia de lesión actual de los intereses del potencial beneficiario reservado. Especial referencia a la necesidad de proteger la confianza de los terceros subadquirentes de buena fe del donatario oculto y la expectativa de adquisición del legittimario como expectativa jurídicamente protegida. (*M. R. D. R.*)

VARIA

BECHER, S. I.: «The Alternative Meat of the Matter», *Tul. L. Rev.*, 2023, vol. 98, núm. 1, pp. 99-140.

El autor realiza algunas reflexiones jurídicas y político-holísticas sobre las cuestiones que pueden derivar de la implementación de nuevos alimentos creados gracias a los avances tecnológicos, prestando particular atención al consumo de carne o alimentos de origen vegetal que podrán sustituir dicho alimento en un futuro. (*A. F.*)

DUMENIL, G.: «Loi visant à protéger les logements contre l'occupation illicite», *JCP G*, 2023, núm. 36, pp. 1538-1542.

Los problemas de ocupación ilegal de inmuebles se han extendido también a Francia. El autor analiza las normas que protegen las viviendas en estos casos. (*R. A. R.*)

EPSTEIN, Y., KEMPERS, E. B.: «Animals and Nature as Rights Holders in the European Union», *Mod. L. Rev.*, 2023, vol. 86, núm. 6, pp. 1336-1357.

Las autoras, mediante una interpretación de las actuales leyes, sostienen que los animales y la naturaleza tienen implícitamente en la legislación de la UE la posibilidad de poder ser titulares de derechos. (*A. F.*)

GOUBIN, G., MORIN, N., MOYNE, E.: «Le rôle de l'avocat dans le cadre des enquêtes internes du point de vue de l'AFA et du PNF: entre défiance et préjugés», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 25, pp. 8-11.

Denunciar los hechos potencialmente delictivos que pudieran descubrir –incluso antes de cualquier investigación interna– y actuar en nombre de la autoridad judicial, so pena de verse privados del beneficio de una convención judicial de interés público. Recurrir a un abogado distinto del defensor habitual de la empresa para realizar la investigación interna. Renunciar al secreto profesional que protege el informe de investigación del abogado. En esencia, esto es lo que la Agencia Francesa contra la Corrupción y la Fiscalía Financiera Nacional esperan de las empresas, en virtud de las recomendaciones de

la nueva guía práctica sobre las investigaciones internas contra la corrupción publicada en marzo de 2023, tras un año de consultas. (R. A. R.)

MAINGUY, D.: «L'étrange caducité d'une convention d'arbitrage de 1878, l'étrange arbitrage commercial», *JCP G*, 2023, núm. 27, pp. 1308-1311.

El autor analiza como un acuerdo de arbitraje comercial de 1878 ha caducado inexplicablemente. (R. A. R.)

POLLET, D.: «Lutter contre la maltraitance en se passant des avocats», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 30, pp. 11-13.

El pasado 18 de julio, en el marco de los *États généraux* sobre maltrato, Ann Caron Déglise, abogada general del Tribunal de Casación, presentaba un nuevo informe sobre la protección jurídica de los mayores. Este trabajo es notable en muchos aspectos, pero también confirma implícitamente una realidad alarmante: la falta de reconocimiento del papel esencial del abogado ante las personas llamadas «vulnerables», en particular en la preservación de sus derechos y libertades fundamentales. (R. A. R.)

WEHBÉ, A.: «La pénalisation du contrôle coercitif, outil indispensable de lutte contre les violences intrafamiliales», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 24 especial, pp. 37-41.

Las estadísticas nos alertan sobre la insuficiencia de nuestro sistema de lucha contra la violencia doméstica. Quizás también sobre el posicionamiento adoptado para tratarlos. Nuestro derecho penal puede permitirse tolerar comportamientos atentatorios a las libertades, repetitivos y continuos, que generan en quien los sufre el temor de un atentado a su integridad, cuando se sabe que estos comportamientos son el caldo de cultivo de los casos más graves de violencia intrafamiliar. (R. A. R.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

JOURDAN, F., MAULIN, R.: «Le défaut de compliance constitue un risque de concurrence déloyale», *JCP G*, 2023, núm. 45, pp. 1928-1930.

En este trabajo se analiza el incumplimiento como un riesgo de competencia desleal entre empresas. (R. A. R.)

DERECHO DE SOCIEDADES

AA. VV.: «Les sociétés», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. hors-serie 3, 27 de junio de 2023.

Estudios de diversos autores sobre la actual idea de las sociedades como algo más que un contrato que busca beneficios entre los socios. Necesidad de

verlo como una unidad por la que se busca conseguir un interés general y que puede tener responsabilidad social distinta a la de los socios. (R. A. R.)

AVOLIO, C.: «ELTIF vs ELTIF 2.0: tra novità e criticità risolte in materia di exit degli investitori», *NLCC*, 2023, núm. 6, pp. 1436-1462.

Reflexiones sobre el punto crítico de la normativa ELTIF: regulación del reembolso anticipado de los inversores. El Reglamento UE 2015/760, «ELTIF», pretendía introducir en el mercado un instrumento de inversión que debería, al menos en sus intenciones, constituir un paso significativo hacia la construcción de la Unión de los Mercados de Capitales y la revitalización de la economía europea. En la normativa ELTIF, la necesidad de combinar la iliquidez de la inversión con una cierta flexibilidad operativa del producto—dada por la inversión en activos líquidos— requiere la adopción de un conjunto detallado de prohibiciones y limitaciones de inversión (artículos 13, 15 y 17 reg.) que acaban por desincentivar la inversión. (M. R. D. R.)

BALLERINI, G.: «Profili esg e politiche di remunerazione», *NLCC*, 2023, núm. 6, pp. 1463-1485.

Tratamiento del nivel de sindicabilidad de las políticas de remuneración, tras la reciente modificación del art. 123-ter t.u.f. por el art. 3, Decreto-Ley n.º 49, de 10 de mayo de 2019, que aplicó la Dir. 2017/828/UE (DRSH II), como culminación de un recorrido normativo que se inició con la rec. 2004/913/CE, relativa a la promoción de un régimen adecuado en materia de remuneración de administradores de sociedades que cotizan en bolsa. Tratamiento desde el punto de vista de la transparencia, exigiendo a las empresas una política de remuneración que se caracterice por ser clara, comprensible y completa (M. R. D. R.)

BRIGENTI, S.: «L'accesso ai segreti commerciali della società da parte dei membri dei suoi organi», *NLCC*, 2023, núm. 3, pp. 695-735.

Observaciones sobre el tema del acceso a los secretos comerciales por parte de los administradores: el marco del Derecho de sociedades. Relación con la disciplina del derecho industrial. (M. R. D. R.)

BUTTURINI, P.: «Gli ultimi sviluppi dottrinali e giurisprudenziali in tema di termine lungo e recesso *ad nutum* da società di capitali», *CI*, 2023, núm. 3, pp. 741-756.

El *Codice civile* reconoce al socio de una sociedad de capital no cotizada constituida por tiempo indefinido el derecho a separarse *ad nutum* (vid. arts. 2437, co. 2, y 2473, co. 2, y cfr. con el art. 346 LSC, que prevé únicamente la separación por causa legal o estatutaria). Lo cual plantea naturalmente el problema de determinar cuándo la fijación de un término muy largo (v. gr. cien años) puede equipararse a la previsión de un plazo indefinido a estos efectos. En un primer momento, la Corte de Casación (en su sentencia núm. 9662/2013) admitió la equiparación entre plazo indefinido y establecimiento de un término remoto (en el caso de autos, hasta 2100), sobre la base de una aplicación analógica de la regla prevista para las sociedades de personas (art. 2285 c.c., cfr. arts. 1705 CC y 224 C. de C.). Posteriormente, este criterio fue matizado, en el sentido de que tal equiparación sólo estaría justificada cuando el término previsto en los estatutos sobrepasase ostensiblemente el plazo razonable para llevar a cabo el proyecto empresarial perseguido por la socie-

dad (Ordenanza núm. 8962/2019). Sin embargo, en tiempos más recientes, la Corte ha rechazado esta doctrina, afirmando que el derecho de separación surge tan sólo cuando la sociedad se ha contratado por tiempo indefinido (sentencia núm. 4716/2020 y Ordenanza núm. 26060, de 5 de septiembre de 2022). En la jurisprudencia menor, hay resoluciones que se adhieren sin reservas a esta última tesis (*Trib. Milano*, de 14 de julio de 2020), mientras que otras lo hacen de un modo más matizado (*App. Milano*, de 27 de marzo de 2021; *Trib. Milano*, de 10 de marzo de 2021 y *Trib. Milano*, de 5 de mayo de 2022, que, aun reconociendo que, con carácter general, la fijación de un término remoto no puede equipararse a un plazo indefinido, consideran que deben exceptuarse aquellos supuestos en los que el término estatutario sea irracional y claramente elusivo [en el caso de esta última se estableció para el 31 de diciembre del año 3000]). (*E. G. P.*)

CAMARDI, C.: «Enti collettivi e formazioni sociali, dal Libro I al Libro V attraverso il Terzo settore», *CI*, 2023, núm. 2, pp. 470-493.

En la idea original del *Codice civile*, la finalidad de las asociaciones y fundaciones (Libro I) era el desarrollo de actividades de carácter político o social, mientras que las sociedades (Libro V) estaban pensadas para ejercitar exclusivamente actividades económicas. Sin embargo, en la actualidad, estamos asistiendo a la proliferación de una serie de entes de naturaleza híbrida, que integran lo que comúnmente se denomina «tercer sector», y que el legislador italiano ha decidido regular en el Decreto Legislativo, número 117, de 3 de julio de 2017. Merece la pena destacar que esta norma impone la inscripción de tales entes en el *Registro dell'impres*e cuando ejerciten su actividad exclusiva o principalmente en forma de empresa mercantil (art. 11.2). En España, las asociaciones o fundaciones también pueden desarrollar actividades de naturaleza empresarial (*vid.* arts. 13 LODA y 24 LF), pero no se contempla su inscripción en el Registro Mercantil con carácter general (aunque *vid.* la DA 4.ª de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista obliga a formalizar la inscripción en el Registro Mercantil de las «entidades de cualquier naturaleza jurídica que se dediquen al comercio mayorista o minorista o a la realización de adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas, por cuenta o encargo de los comerciantes al por menor [...] cuando en el ejercicio inmediato anterior las adquisiciones realizadas o intermediadas o sus ventas, hayan superado la cifra de 100.000.000 de pesetas»). (*E. G. P.*)

CICERI, S.: «Sindaci e amministratori non esecutivi a confronto nel sistema policentrico dei controlli societari», *NLCC*, 2023, núm. 6, pp. 1510-1535.

Análisis del control societario: concepto de supervisión de la junta de auditores y el rigor de la jurisprudencia sobre la responsabilidad de los auditores. Convergencia funcional entre auditores y administradores no ejecutivos: Asignación de funciones y responsabilidades. (*M. R. D. R.*)

DONDERO, B.: «La réforme des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et transferts de siège des sociétés commerciales», *D.*, 2023, núm. 29, pp. 1473-1483.

Estudio a propósito de la Ordenanza núm. 2023-393, de 24 de mayo. (*R. A. R.*)

FAVARIO, T.: «L'associé minoritaire cédant solidaire, malgré lui», *JCP G*, 2023, núm. 40, pp. 1748-1750.

La condición del socio minoritario frente al resto de socios. La solidaridad que le impone la ley. (R. A. R.)

GUERRIERI, G.: «Le operazioni autoliquidanti nel concordato preventivo», *NLCC*, 2023, núm. 6, pp. 1486-1509.

Comentario al Art. 97.14 C. C. I. I. y su ámbito de aplicación: cesiones de créditos y prenda de créditos. Tratamiento del régimen jurídico de los anticipos garantizados y sus diferentes hipótesis de extinción de la deuda. (M. R. D. R.)

LAROCHE, M.: «Modification des règles nationales relatives aux opérations de restructuration par l'ordonnance n.º 2023-393 du 24 mai 2023», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 34 especial, pp. 38-40.

Nueva regulación de la restructuración empresarial con la ordenanza 2023-393. Análisis sobre sus aciertos. (R. A. R.)

PATRIARCA, C.: «Nomina degli amministratori di società di capitali, regime dell'ineleggibilità e profili formali», *CI*, 2023, núm. 3, pp. 818-835.

Con ocasión de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, el legislador italiano ha decidido extender a los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada las causas de inelegibilidad y cese previstas para las anónimas (*vid.* el art. 2475 *c.c.*), que, en la redacción dada por el d. lgs., núm. 183, de 8 de noviembre de 2021, se remite ahora al art. 2382 *c.c.*). Y, al mismo tiempo, ha aprovechado para añadir que, en toda sociedad de capital, el nombramiento del administrador deberá ir precedido de la presentación, por parte del interesado, de una declaración acerca de la inexistencia, a su cargo, de dichas causas de inelegibilidad o de cualesquiera prohibiciones al ejercicio del cargo adoptadas frente a él en otro estado de la Unión Europea (*vid.* el nuevo inciso final del art. 2382, co. 1, *c.c.*), al que también se remite el art. 2475 *c.c.*). No está de más señalar que la incorporación de esta Directiva a nuestro ordenamiento ha traído consigo la adición de un nuevo apartado tercero al artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital, en virtud del cual, a los efectos de aplicar las prohibiciones para el ejercicio del cargo de administrador, «podrá tomarse en consideración cualquier inhabilitación o información pertinente a efectos de inhabilitación vigente en otro Estado miembro de la Unión Europea» (norma que, dicho sea de paso, no podría estar peor redactada...). (E. G. P.)

RINALDO, C.: «Le trasformazioni transfrontaliere», *NLCC*, 2023, núm. 6, pp. 1399-1435.

Observaciones sobre la reforma del ordenamiento jurídico italiano para trasponer la Directiva UE 2019/2121, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas: fases del procedimiento, tutela de los interesados, control de abusividad y traslado de domicilio social. La Directiva 2019 introdujo importantes innovaciones en el ámbito de las operaciones extraordinarias que afectan a sociedades de responsabilidad limitada constituidas con arreglo al Derecho de un Estado miembro, estableciendo un procedimiento

armonizado y uniforme y una regulación positiva también para las escisiones y transformaciones transfronterizas. (*M. R. D. R.*)

STOCLET, M.: «De la libéralisation des clauses d'exclusion statutaires», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 34 especial, pp. 41-44.

El Tribunal de Casación, desde que confirmó, a principios de los años noventa, la validez de las cláusulas estatutarias de exclusión, ha definido su régimen dando prueba de un cierto liberalismo, que sin embargo ha permanecido controlado. Este movimiento fue confirmado por una sentencia de este órgano jurisdiccional de 9 de noviembre de 2022, así como por una decisión del Consejo Constitucional de 9 de diciembre de 2022, que plantean la cuestión de los límites que sería deseable fijar. (*R. A. R.*)

VALDELIÈVRE, G.: «Réforme des sociétés de professions libérales réglementées par l'ordonnance n° 2023-77 du 8 février 2023», *Gaz. Pal.*, 2023, núm. 21 especial, pp. 39-42.

La Ordenanza de 8 de febrero de 2023 reagrupa en un solo texto legislaciones demasiado dispares. Organiza las estructuras de ejercicio de las profesiones liberales reguladas, cuya naturaleza define según un doble esquema de lectura: la de las profesiones afectadas, reagrupadas en familias, y la de las formas sociales posibles. (*R. A. R.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

CONTRATOS MERCANTILES

BIVONA, E.: «Le clause *Incoterms* tra allocazione del rischio e determinazione del luogo di adempimento: riflessi sulla giurisdizione», *NGCC*, 2023, núm. 6, pp. 1307-1318.

Análisis de la sentencia del pleno de la *Corte di Cassazione* de 3 de mayo de 2023, núm. 11346, relativa a una compraventa internacional de mercaderías en la que se pactó que la entrega se realizaría mediante la puesta a disposición de las mercancías en las instalaciones del vendedor (cláusula *Incoterms Ex Works*). La autora destaca que esta sentencia supone un cambio de criterio jurisprudencial para adaptarse a la interpretación sustantiva que mantiene el TJUE respecto al Reglamento Bruselas I *bis*, en el sentido de que aquella cláusula tiene una doble función de asignación del riesgo y designación del lugar de cumplimiento de la obligación, salvo que se pruebe otra voluntad. (*C. C. S.*)

PETROSINO, F.: «Le polizze parametriche tra disciplina del contratto e organizzazione dell'impresa», *CI*, 2023, núm. 3, pp. 933-957.

Artículo interesante sobre las denominadas «pólizas paramétricas». Se trata de una modalidad de seguro de daños en la que la compañía aseguradora se obliga a pagar la cantidad acordada al asegurado cuando se produzca un

evento de una determinada magnitud verificado por un tercero independiente (v. gr. un terremoto que alcance cierto grado en la escala de Richter según las mediciones de un concreto centro sismológico). En los últimos tiempos, estos seguros se han extendido en el mercado italiano gracias, fundamentalmente, al desarrollo de la tecnología de cadena de bloques (*blockchain*) y de los contratos inteligentes (*smart contracts*). El lector interesado en el tema también puede leer con provecho el reciente trabajo de MUÑOZ PAREDES, M. L., «El seguro paramétrico o basado en índices», en García-Cruces (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 3371-3415. (E. G. P.)

DERECHO CAMBIARIO

PUGGIONI, G. A.: «Buoni con P. F. R.: diritto alla riscossione e titolarità delle somme», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 840-848.

Breve apunte sobre el auto de la *Corte di Cassazione* de 17 de enero de 2023, núm. 1278, relativo a las consecuencias del fallecimiento de uno de los cotitulares de un bono con facultad solidaria de reembolso. El autor defiende la solución alcanzada por la Corte, razonando que, al contrario de lo que sucede con las cuentas de ahorro u otros productos financieros, los bonos vencen a la vista y, por tanto, cualquiera de los supervivientes puede obtener el reembolso del total, sin que se deba paralizar su cobro por los trámites hereditarios resultantes de la muerte del cotitular. (C. C. S.)

DERECHO CONCURSAL

ANGEI, S.: «La responsabilità per attività di direzione e coordinamento dell'ente territoriale holding: tra affermazioni di principio e ingiustificati privilegi del socio pubblico», *NGCC*, 2023, núm. 4, pp. 833-839.

Análisis de la sentencia del Tribunal de Nápoles de 13 de septiembre de 2022, relativa a la responsabilidad de los entes públicos en caso de concurso de una sociedad participada por aquellos, cuando la quiebra deriva de un abuso de su actividad de dirección y coordinación. El autor se muestra crítico con la sentencia y con los privilegios que se conceden a las Administraciones públicas en caso de declaración de concurso de las sociedades que constituyen. (C. C. S.)

PINTO, V.: «Gli effetti della liquidazione giudiziale sull'organizzazione delle società di capitali», *NLCC*, 2023, núm. 6, pp. 1536-1567.

La sociedad de capital en liquidación judicial. Los efectos sobre la organización de la sociedad: causa de disolución, transferencia al liquidador de los poderes de decisión de los órganos sociales. Recurso contra las decisiones del administrador. (M. R. D. R.)

ABREVIATURAS

<i>Cal. L. Rev.</i>	<i>California Law Review</i>
<i>Cambridge L. J.</i>	<i>Cambridge Law Journal</i>
<i>CI</i>	<i>Contratto e Impresa</i>
<i>Colum. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
<i>D. Recueil Dalloz.</i>	
<i>DFP</i>	<i>Il Diritto di Famiglia e delle Persone</i>
<i>Dir. Aut.</i>	<i>Il Diritto di Autore</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>JCP G</i>	<i>Jurisclasseur périodique (La semaine juridique), édition générale</i>
<i>Mod. L. Rev.</i>	<i>Modern Law Review</i>
<i>NGCC</i>	<i>La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata</i>
<i>NLCC</i>	<i>Le Nuove Leggi Civili Commentate</i>
<i>Oxford J. Legal Stud.</i>	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i>
<i>RDC</i>	<i>Rivista di Diritto Civile</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue de Droit Immobilier</i>
<i>RIDA</i>	<i>Revue Internationale du Droit d'Auteur</i>
<i>RTDPC</i>	<i>Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile</i>
<i>Tul. L. Rev.</i>	<i>Tulane Law Review</i>
<i>Yale L. J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia comentada

Responsabilidad civil por daños causados por la talidomida: cómputo del plazo de prescripción (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2023¹)

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Profesora titular de Derecho civil

EMILIO BLANCO MARTÍNEZ
Profesor asociado de Derecho civil.
Abogado

RESUMEN

La sentencia del Tribunal Supremo núm. 1200/2023, de 21 de julio, recoge la doctrina sentada por la anterior sentencia del Pleno del Tribunal Supremo núm. 544/2015, de 20 de octubre², que resolvió un caso similar de daños derivados de la ingesta de talidomida y declaró prescrita la acción de responsabilidad extracontractual por aplicación de la doctrina que, a efectos de la fijación del inicio del plazo de prescripción, distingue entre daños continuados, permanentes y sobrevenidos.

La STS 1200/2023 también declara prescrita la acción ex artículo 1902 CC en aplicación del criterio subjetivo en el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil extracontractual previsto en el artículo 1968.2 CC y de la jurisprudencia según la cual, el cómputo del plazo de prescripción comienza cuando el perjudicado conoció la identidad del responsable del daño o tuvo la posibilidad racional de conocer tal identidad («conocimiento potencial» o «cognoscibilidad») empleando la diligencia debida.

¹ Sala Primera, núm. 1200/2023. Magistrado Ponente: D. José Luis Seoane Spiegelberg (ECLI: ES: TS: 2023:3538).

² Sala Primera, núm. 544/2015. Magistrado Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana (ECLI: ES: TS: 2015:544).

PALABRAS CLAVE

Daños derivados de la talidomida; daños permanentes, continuados y tardíos; acción de responsabilidad civil extracontractual; inicio del cómputo del plazo de prescripción; conocimiento por el perjudicado de la identidad del responsable; diligencia debida; conocimiento potencial o cognoscibilidad.

Damages Caused by Thalidomide: Tort Liability and the Starting Point of the Limitation Period

(Supreme Court Judgment of July 27th 2023)

ABSTRACT

The Supreme Court judgement 1200/2023, handed down on 21st July 2023, follows the precedent established by the previous Supreme Court ruling 544/2015, rendered on October 10th 2015, in a previous case also related to damages caused by thalidomide. In this first judgement, the Court held that the damages judicial action was time-barred on the basis of the distinction between permanent, continuous, and late damages settled by the case law in order to determine the starting point of the limitation period.

The more recent Supreme Court ruling 1200/2023, also relating to thalidomide damages, holds as well that the tort suit has been time-barred. In this second case, the Court decision is based on the subjective criterion provided by article 1968.2 of the Civil Code and by the Supreme Court jurisprudence that places the starting point of the limitation period at the time when the victim knew the identity of the liable person or had the rational possibility of knowing such identity («potential knowledge») by acting with the due diligence.

KEYWORDS

Damages caused by thalidomide; permanent, continuous, and late damages; tort liability judicial claims; starting point of the limitation period; knowledge by the victim of the liable person's identity; due diligence; potential knowledge.

SUMARIO. I. Los daños causados por la talidomida. II. La sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) núm. 544/2015, de 20 de octubre («Talidomida I»). 1. La inicial demanda de AVITE y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 90 de Madrid de 19 de noviembre de 2012. 2. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de octubre de 2014. 3. El recurso de casación y los fundamentos de derecho de la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) 544/2015, de 20 de octubre. III. La sentencia del Tribunal Supremo 1200/2023, de 21 de julio («Talidomida

II»). 1. La nueva demanda de AVITE y la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Madrid, de 27 de diciembre de 2016. 2. La sentencia 418/2018, de 26 de noviembre, dictada por la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid. 3. El recurso de casación y las cuestiones jurídicas que examina la STS 1200/2023, de 21 de julio. 3.1. La calificación de los daños: la distinción entre daños permanentes, continuados y sobrevenidos (nuevos o tardíos). 3.2. El problema de los daños sobrevenidos. 3.3. El cómputo del *dies a quo* del plazo de prescripción: criterio subjetivo y criterio objetivo. 3.4. Criterio subjetivo: conocimiento y conocimiento potencial (cognoscibilidad). 3.5. El alcance del conocimiento potencial o cognoscibilidad: la buena fe. 3.6. El alcance del conocimiento potencial o cognoscibilidad: la diligencia. 3.7. Prescripción, asistencia social y reconocimiento administrativo. 3.8. Algunos tópicos sobre la prescripción: la brevedad el plazo y la interpretación restrictiva. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA TALIDOMIDA

Entre los años 1952 y 1956 el laboratorio farmacéutico alemán Chemie Grünenthal GmbH, tras sintetizar un fármaco cuyo principio activo era la talidomida, procedió a patentar tanto el medicamento, de nombre comercial «Contergan», como la propia talidomida. En 1957, Chemie Grünenthal GmbH comenzó a comercializar este fármaco por todo el mundo para el tratamiento de la ansiedad, el insomnio, las náuseas y los vómitos en mujeres embarazadas. En 1959 se comercializaba ya en 48 países (de Europa, África y América del Sur, así como en Australia y Canadá, pero no en Estados Unidos porque la DEA no lo aprobó) bajo diferentes nombres comerciales (el ya citado «Contergan», usado en la República Federal alemana, fue el más conocido).

En España Chemie Grünenthal GmbH también patentó el «Contergan» (en 1955) y la talidomida (en 1956). Entre junio de 1959 y diciembre 1960, la Dirección General de Sanidad autorizó diversas especialidades farmacéuticas con el principio activo de la talidomida a favor de los siguientes laboratorios: Medinsa (la entonces representante de Chemie Grünenthal GmbH en España y mayor distribuidor del fármaco en nuestro país), Farmacológicos Nessa (hoy desaparecida, que vendió el principio activo de la talidomida bajo la marca Gluto Naftil), Laboratorios Peyva (cuyo propietario falleció hace casi cuarenta años, con las marcas Imidan y Varial), e Instituto Farmacológico Latino (que importó el medicamento de Italia, con el nombre Insonid).

El fármaco se vendía como un producto absolutamente seguro y carente de riesgos, ya que no producía adicción y carecía de los efectos adversos de los barbitúricos. Sin embargo, poco tiempo después, comenzaron a nacer hijos de madres que habían ingerido el fármaco en los primeros meses de gestación con graves malformaciones consistentes, principalmente, en la ausencia de extremidades. Los médicos pronto establecieron la relación entre esas malformaciones y la ingesta por la madre de talidomida, por lo que el fármaco comenzó a retirarse del mercado alemán a finales de 1961. En España, el 18 de mayo de 1962 las autoridades dictaron una Orden prohibiendo la comercialización de preparados de talidomida.

Se calcula que entre los años 1957 y 1962 nacieron más de diez mil niños con malformaciones graves en los países donde se comercializó el medicamento. La mayoría de esos niños padecía focomelia (ausencia de parte de las extremidades superiores o inferiores). Un porcentaje considerable, en torno al cuarenta por ciento, falleció. El resto de los afectados sobrevivieron, aunque arrastrando durante toda su vida las consecuencias de las malformaciones congénitas.

Los daños causados por la talidomida generaron un grave impacto social, especialmente en Alemania, donde se calculan en unos cuatro mil los niños que nacieron con graves afectaciones. Allí se abrió en 1968 un proceso penal (conocido como proceso «Contergan») contra nueve responsables de la sociedad Chemie Grünenthal GmbH. El proceso finalizó en 1970 sin condenas para los imputados y con una transacción entre el gobierno federal y la empresa farmacéutica, por una parte, y los padres u otros representantes de los niños afectados, por otra.

En el auto del Tribunal Regional de Aquisgrán de 18 de diciembre de 1970, que archivó el proceso penal, se establecía de forma contundente: *a*) la relación causal entre la ingesta de talidomida por las madres gestantes y las malformaciones de los hijos; y *b*) la «conducta imprudente» de los responsables de Grünenthal encausados.

El antes mencionado acuerdo transaccional fue, en la entonces República Federal alemana, tanto la base de lo que nuestras sentencias traducen como «Ley para la obra benéfica para niños con discapacidad» de 17 de diciembre de 1971 (*Gesetz Über die Errichtung der Stiftung Hilfswert für das behinderte Kind*), como el origen, años después, de la Fundación Contergan (*Conterganstiftung*), a cuyo cargo están actualmente las ayudas a miles de afectados, alemanes y de otros países, incluido España.

En Alemania, el 21 diciembre 2012 y a petición de la Fundación Contergan, el Instituto de Gerontología de la Universidad Ruprecht Karl, de Heidelberg, emitió un informe (el denominado

«Informe Heidelberg») sobre el estado de los afectados. Este informe, que no es un documento médico sino estadístico –realizado mediante entrevistas a pensionistas de la Fundación–, concluye afirmando que «debería realizarse una investigación científica sistemática de los daños secundarios, causados en etapa prenatal pero descubiertos más tarde (los llamados daños ‘secundarios o tardíos’), que se concentre en la colocación errónea de vasos, nervios y músculos».

Este «Informe Heidelberg» fue tenido en cuenta en Alemania para actualizar e incrementar las ayudas a los afectados por parte de la Fundación Contergan en el año 2013. En nuestro país, según veremos más adelante, la ya mencionada STS 544/2015, de 20 de octubre (Talidomida I), sostuvo que el Informe Heidelberg no acredita la existencia de daños secundarios o de aparición tardía, sino que se refiere a ellos simplemente como posibilidad y sin carácter general, aunque deja a salvo la eventualidad de que tales daños lleguen a acreditarse «a través de la correspondiente investigación científica».

En España, en 2003, se constituyó la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE), que fue inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones. Entre los años 2006 y 2008, el Centro de Investigación de Anomalías Congénitas (CIAC), dependiente del Instituto de Salud Carlos III, realizó una «Evaluación diagnóstica de socios de la Asociación de Víctimas de Talidomida en España y otras inhabilidades».

Con posterioridad, se han venido adoptando diversas iniciativas públicas con el fin de ayudar al colectivo de personas afectadas por la talidomida. Así, en primer lugar, cabe señalar lo previsto en la Disposición Adicional quincuagésimo séptima de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, que reconoció una indemnización por una sola vez a quienes durante el período 1960-1965 sufrieron malformaciones corporales durante el proceso de gestación como consecuencia de la ingestión de talidomida por la madre gestante. Esta ley declaró la compatibilidad de las ayudas con cualquier pensión pública a que la persona beneficiaria tuviera derecho y vinculó el importe de tales ayudas en función del grado de discapacidad reconocido y acreditado por la persona afectada.

Posteriormente, en desarrollo de la previsión efectuada en la citada Disposición Adicional, se promulgó el Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regulaba el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el período 1960-1965.

Para poder obtener esas ayudas, en el artículo 2 del citado Real Decreto se prevén una serie de requisitos que debía cumplir la persona interesada, como, por ejemplo, haber sufrido malformaciones corporales durante el proceso de gestación en el período 1960-1965 cuyo origen «no pueda descartarse que pueda haber sido producido por la ingesta de talidomida en España por la madre gestante y que dicha circunstancia quedara acreditada mediante diagnóstico realizado por el Instituto de Salud Carlos III», o que la madre gestante hubiera residido en España en cualquier período comprendido entre 1960-1965. La cuantía de las ayudas a percibir, por una sola vez, tenían un importe máximo que oscilaba entre los treinta mil euros y los cien mil euros por persona afectada.

En diciembre de 2010, el IMSERSO dictó las Resoluciones por las que, en función de los informes del Instituto de Salud Carlos III, se concedieron las mencionadas ayudas a veinticuatro (24) de los ciento ochenta (180) socios de AVITE que las habían solicitado.

Con posterioridad (y con posterioridad también a la STS 544/2015, de 15 de octubre, que resolvió el caso Talidomida I) la Comisión de Sanidad del Congreso de los Diputados aprobó, el 24 de noviembre de 2016, una Proposición no de Ley sobre la protección de las personas afectadas por la talidomida, para, entre otras cuestiones, ampliar el alcance, las condiciones y el procedimiento para el reconocimiento de ayudas a quienes, en el período 1955-1985, sufrieron malformaciones corporales durante el proceso de gestación compatibles con las descritas para la talidomida y cuyo origen no pueda ser explicado por otras embriopatías o alteraciones cromosómicas.

Tras diversos avatares, la Disposición Adicional quincuagésimo sexta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, reconoció una ayuda a las personas afectadas por la talidomida en España durante el período 1950-1985. De acuerdo con la mencionada Disposición, esta ayuda se concedería a quienes, en el período 1950-1985, sufrieron malformaciones corporales durante el proceso de gestación compatibles con las descritas para la talidomida, cuyo origen no pueda ser explicado por otras embriopatías o alteraciones cromosómicas, y siempre que la gestación hubiera tenido lugar en España. Estas ayudas eran compatibles con cualquier pensión pública a que la persona beneficiaria tuviera derecho y complementarias con la percepción de otras ayudas o prestaciones de análoga naturaleza o finalidad. Asimismo, en la mencionada Disposición, se autorizaba al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo.

Como consecuencia de lo anterior, y ya en curso el procedimiento judicial ante los tribunales civiles que hemos denominado Talidomida II, se aprobó el reciente Real Decreto 574/2023, de 5 de julio, que regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1950-1985. Esta norma establece una regulación complementaria de la anterior que actualiza al alza las cuantías de las ayudas previstas en el año 2010.

Este Real Decreto, tras afirmar que pretende responder a la necesidad de «reconocimiento y apoyo solidario» a las personas afectadas por la talidomida, regula los requisitos que deben cumplir los beneficiarios, así como el procedimiento para el reconocimiento y abono de ayudas (art. 1). De acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto, tienen derecho a percibir la ayuda prevista aquellas personas que cumplan los siguientes requisitos: *a*) Haber sufrido malformaciones corporales durante el proceso de gestación, en el período 1950-1985, compatibles con las descritas para la talidomida y cuyo origen no pueda ser explicado por otras embriopatías o alteraciones cromosómicas; *b*) Que la gestación se haya producido en España; *c*) Que la persona interesada figure inscrita en el Registro Estatal de Enfermedades Raras, gestionado por el Instituto de Salud Carlos III, en virtud del informe de validación positivo –emitido por el Comité Científico-Técnico de la Talidomida– acreditativo de lo dispuesto en la letra *a*).

La ayuda a percibir consistirá en un pago único que será el resultado de multiplicar doce mil euros por cada uno de los puntos porcentuales de discapacidad reconocida a la persona afectada, por los organismos competentes, a la fecha de presentación de la solicitud de la ayuda. La percepción de esta ayuda deducirá de su cuantía cualquier otra ayuda o prestación de análoga naturaleza y finalidad a las reguladas en este Real Decreto que haya podido recibir la persona beneficiaria, procedentes de cualquier administración o de entes públicos o privados, nacionales o internacionales, y en concreto con las ayudas establecidas en el RD 1006/2010, de 5 de agosto (art. 3). Se establece también que la percepción de esta ayuda será compatible con cualquier pensión pública a la que la persona beneficiaria tuviera derecho y, asimismo, será complementaria con la percepción de otras ayudas o prestaciones de análoga naturaleza y finalidad a las reguladas en el Real Decreto que haya podido percibir la persona beneficiaria, procedentes de cualquier administración o de entes públicos o privados, nacionales o internacionales, y en concreto con las ayudas establecidas en el RD 1006/2010, de 5 de agosto.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (PLENO) NÚM. 544/2015, DE 20 OCTUBRE («TALIDOMIDA I»)

1. LA INICIAL DEMANDA DE AVITE Y LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 90 DE MADRID, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2013

La exigencia de responsabilidad por los daños derivados de la talidomida se planteó ante nuestros tribunales civiles a instancia de AVITE. Previamente, en el año 2010, esta Asociación solicitó ayudas económicas para sus asociados a Grünenthal Pharma S. A. (filial española del Grupo Grünenthal alemán). Sin embargo, los encuentros mantenidos entre representantes de ambas entidades no condujeran a acuerdo alguno. A la vista de ello, el 20 de junio de 2011, AVITE presentó la papeleta de conciliación frente Grünenthal Pharma, S. A. y, como no prosperó, el 12 de febrero de 2012, AVITE ejerció una acción de responsabilidad civil –contra dicha sociedad– basada esencialmente en: los artículos 1902, 1089, 1091, 1104 CC; el Real Decreto 2464/1963, de 10 de agosto, de especialidades farmacéuticas, dictada por el Ministerio de la Gobernación; en el Real Decreto de 18 de abril de 1860, que regulaba las ordenanzas para el ejercicio de la profesión de farmacia; la Orden de 5 de abril de 1941; así como en las leyes de 25 de noviembre de 1944 y de 17 de julio de 1947.

En el *petitum* de la demanda se solicitaba una indemnización para cada socio de AVITE perceptor de las ayudas económicas previstas en el RD 1006/2010 y para los herederos de los fallecidos reconocidos como talidomídicos por sentencia o resolución administrativa firme. La indemnización solicitada ascendía a 20.000 euros por punto de minusvalía (reconocida por la Administración), incluyendo, pues, tanto los daños originarios (detectados al nacer), como los posibles daños consecutivos (aparecidos posteriormente).

La demandada opuso, entre otras, la excepción de prescripción de la acción, alegando que no se trata de daños continuados sino de daños permanentes, que quedaron consolidados en el momento del nacimiento, y respecto de los cuales ha transcurrido con creces el plazo previsto legalmente para reclamar sin que los demandantes hayan acreditado la imposibilidad de ejercitar acciones antes de la interposición de la demanda o del acto de conciliación. En cuanto al fondo, la demandada alegó, básicamente, por una parte, la falta de prueba de la relación causal directa entre los daños y la ingesta –por

las madres de los afectados— de un preparado de talidomida distribuido por Medinsa (la entonces representante en España de Chemie Grünenthal GmbH); por otra, que tanto Medinsa como Chemie Grünenthal GmbH actuaron conforme a la diligencia exigible, atendidos los estándares de desarrollo y experimentación de fármacos de la época en que se produjeron los hechos; y, finalmente, que, en todo caso, los efectos causados por la talidomida no eran previsibles de acuerdo con los conocimientos científicos existentes en aquel momento.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid, en sentencia de 19 de noviembre de 2013³, desestimó la excepción de prescripción por considerar que se trataba de daños «continuados». A estos efectos, el Juzgado entendió que el «Informe Heidelberg» (2012) ponía de manifiesto un empeoramiento generalizado y progresivo en los afectados, por lo que los daños derivados de la ingesta de la talidomida no estaban plena y absolutamente determinados ni consolidados. En consecuencia, y dado que el plazo de prescripción de la acción para reclamar daños continuados comienza cuando se conoce el alcance total de las secuelas, el Juzgado declaró que la acción rectora del procedimiento no podía considerarse prescrita.

En cuanto al fondo, el Juzgado apreció la concurrencia tanto del daño, como del nexo causal (los informes del Instituto de Salud Carlos III se consideraron prueba suficiente de ambos) y de la culpa o negligencia de la demandada. Por consiguiente, la sentencia de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y reconoció el derecho a ser indemnizados a seis de los veinticuatro socios de AVITE a quienes se había concedido ayudas con base en el RD 1006/2010 (excluyendo a los que recibían ayudas de la Fundación Contergan). El importe de la indemnización se fijó conforme a lo solicitado en la demanda, es decir, 20.000 euros por punto de minusvalía.

2. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 13 DE OCTUBRE DE 2014 (SECCIÓN 14.^a)

La entidad demandada interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid oponiendo, entre otras, las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario, falta de legitimación pasiva y prescripción de la acción.

³ La sentencia está comentada por PARRA LUCÁN, *Revista CESCO*, 2013, pp. 130 ss.; y por SALVADOR CODERCH *et al.*, *Indret*, 1/2014.

La Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 14.^a)⁴, en su sentencia de 13 de octubre de 2014, rechazó las dos primeras excepciones, pero estimó la excepción de prescripción y desestimó la demanda.

La excepción de litisconsorcio pasivo necesario fue rechazada por la Audiencia Provincial tanto en lo referente a la Administración sanitaria como respecto a los demás laboratorios que comercializaron en España fármacos con el principio activo de la talidomida. Respecto de la Administración (FD Décimo), porque no se había ejercitado una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino una acción de responsabilidad extracontractual contra el titular de la patente del principio activo y comercializador del medicamento; por consiguiente, el litisconsorcio pasivo necesario quedaba excluido dado que no existía un nexo común o, lo que es lo mismo, una comunidad de riesgo procesal, entre el titular del principio activo y la Administración. Respecto de los otros laboratorios –distintos de la demandada– que comercializaron medicamentos con talidomida, la Audiencia declaró (FD Undécimo) que Chemie Grünenthal GmbH y Medinsa, como su representante en España en aquellas fechas, participaron en el resultado dañoso por acción o por omisión. Al fundamentar esa participación, la Audiencia sostiene que farmacéutica alemana fue la que, en 1954, obtuvo la patente de la talidomida y comercializó especialidades con talidomida o permitió que otros laboratorios comercializaran ese tipo de especialidades infringiendo sus derechos y sin realizar actividad alguna para impedirlo. Como consecuencia de todo ello, la Audiencia declara que, aunque las madres de los afectados tomaran medicamentos con el principio activo de la talidomida fabricados por otro laboratorio, había que apreciar la existencia de solidaridad impropia, que permite a los perjudicados demandar a cualquiera de los varios responsables, excluyendo así tanto el litisconsorcio pasivo necesario como la falta de legitimación pasiva de la demanda.

Como puede apreciarse, con este modo de razonar, la Audiencia, no solo hacía a Grünenthal Pharma GmbH responsable también de los daños causados por otros laboratorios, sino que, además, justificaba la aplicación del régimen de la solidaridad impropia y soslayó el problema (alegado por la demandada) de la falta de prueba del nexo causal, dado que, evidentemente, ninguna de las madres de los niños afectados había ingerido todos los fármacos talidomídicos comercializados en España.

⁴ ECLI: ES: APM: 2014:12121.

Lo más relevante de la sentencia ahora examinada es, sin embargo, que la Audiencia Provincial estima la alegada excepción de prescripción. Lo hace con una completa y muy cuidada exposición de la jurisprudencia sobre la prescripción de acciones analizando especialmente la reiterada doctrina que distingue entre daños permanentes, continuados y sobrevenidos (FD Duodécimo). Recuerda la Audiencia que daños permanentes son aquellos cuyo efecto negativo persiste a lo largo del tiempo, incluso con la posibilidad de agravarse por factores ajenos a la acción u omisión del demandado, y que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual para reclamar la indemnización de estos daños comienza cuando lo supo el agraviado (art. 1968-2.º CC), es decir, desde que tuvo cabal conocimiento de los mismos y de su trascendencia o secuelas.

En aplicación de esta jurisprudencia al caso enjuiciado, la Audiencia declara (FD Décimo quinto) que ha prescrito la acción para reclamar por todos los daños pues, desde hacía varias décadas (desde 1962), los efectos de la talidomida eran bien conocidos debido a su dimensión social y mediática. Así lo demuestra –prosigue la sentencia– la creación de fundaciones y asociaciones de víctimas (como la Fundación Contergan, tras resolución del Tribunal de Aquisgrán en 1970; o AVITE, constituida en 2003), de manera que sus asociados –al menos desde la constitución de las respectivas entidades– sabían de la relación causal entre sus padecimientos y dicho medicamento. Por otra parte, la Audiencia afirma que los asociados de AVITE también pudieron, entre 2006 y 2008, haber obtenido los correspondientes diagnósticos médicos acudiendo al Centro de Investigación de Anomalías Congénitas (CIAC, Centro asociado al Instituto de Salud Carlos III) y no lo hicieron.

Consiguientemente, afirma la Audiencia, en la tesis más favorable para los perjudicados, desde diciembre de 2008 los asociados de AVITE podrían haber obtenido los correspondientes diagnósticos médicos certificando la relación entre la talidomida ingerida por sus madres durante la gestación y las afecciones por ellos padecidas. Por tanto, declaró que la acción se encontraba ya prescrita cuando el presidente de AVITE solicitó a la demandada tener reuniones (diciembre de 2010) y, con mayor motivo, al tiempo en que se presentó la papeleta de conciliación (junio 2011), sin que un hipotético reconocimiento de responsabilidad por parte de los interlocutores de Grünenthal Pharma, S. A. en las reuniones de mayo y junio de 2011 tenga valor para reanudar el plazo de prescripción ya agotado.

Y tampoco cabe aceptar, añade esta sentencia, que el cómputo de la prescripción de la acción *ex* artículo 1968-2.º CC comenzara cuando el IMSERSO dictó las Resoluciones de diciembre de 2010. En primer lugar, porque la prescripción ya se había producido cuando entraron en vigor las normas en que dichas Resoluciones se fundan, es decir, la Ley 26/2009 y el RD 1006/2010. En segundo lugar, porque: *a*) el diagnóstico médico seguro –o al menos probable– pudieron haberlo solicitado los afectados al CIAC en el período de 2006-2008 (ninguno de estos diagnósticos fue aportado al pleito por los demandantes); *b*) la Ley y el Real Decreto citados tienen carácter social y, por tanto, no pueden implicar que el plazo de prescripción se reinicie desde su entrada en vigor o cuando se conceden las ayudas establecidas; *c*) las repetidas normas no tienen por finalidad determinar quiénes son los afectados por la talidomida tanto por la amplitud del periodo que abarca (1960-1965), como por la diferencia, en cuanto a la relación de causalidad, entre la Ley 26/2009, que concede la ayuda a quienes sufrieron malformaciones corporales durante el proceso de gestación «como consecuencia de la ingestión de talidomida por la madre gestante» y el artículo 2-1.º del RD 1006/2010, que la concede a quienes hubieran sufrido malformaciones corporales durante el proceso de gestación «cuyo origen no pueda descartarse que pueda haber sido producido por la ingesta de talidomida»; y *d*) no puede equipararse el reconocimiento de ayudas por razones de apoyo solidario con el supuesto de daños determinados en expediente laboral para determinar la capacidad laboral del trabajador, pues ni la Ley 26/2009, ni el Real Decreto 1006/2010, que la desarrolla, tienen por finalidad determinar y valorar la incapacidad de los afectados.

Finalmente, y tras declarar que de la prueba obrante en los autos no se desprende la existencia de daños sobrevenidos (nuevos, tardíos o secundarios), la Audiencia puntualiza que si los afectados acreditaren en el futuro la existencia de este tipos de daños y su relación de causalidad con la talidomida, habrían de entenderse como una nueva etapa y nacería una acción judicial para reclamar la reparación de esos nuevos daños exclusivamente, no de los anteriores (daños prenatales y consecutivos) afectados por la prescripción.

3. EL RECURSO DE CASACIÓN Y LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (PLENO) NÚM. 544/2015, DE 20 DE OCTUBRE

Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de octubre de 2014, AVITE interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron desestimados por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 544/2015, de 20 de octubre⁵, en que se confirma íntegramente la sentencia recurrida.

El recurso de casación se fundó en cinco motivos: 1.º) Infracción de los artículos 1 y 2.1 del RD 1006/2010 y del artículo 3.1 CC, alegando que la sentencia no contempla el efecto del primer reconocimiento oficial de talidomídicos que supone el RD 1006/2010; 2.º) Infracción del principio general del derecho según el cual justicia es tratar desigualmente los casos desiguales, lo cual supone vulnerar los artículos 14 y 24.1 CE; 3.º) Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre aplicación restrictiva de la prescripción y del principio *in dubio pro actione*; 4.º) Infracción de la doctrina de los daños continuados y aplicación indebida del fraccionamiento en etapas de daño; 5.º) Infracción de la doctrina de los daños continuados, de los artículos 1968 2.º y 1969 CC y del principio general del derecho *actio nondum nata non praescribitur*.

Los principales razonamientos que condujeron a la desestimación de todos estos motivos de casación, y por tanto del recurso, se contienen en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia.

El primer motivo, que alegaba infracción de los artículos 1 y 2.1 del RD 1006/2010, se desestima (FD Cuarto, apartado 1), porque, tal y como declara la sentencia recurrida:

«A la entrada en vigor del RD 1006/2010 la prescripción ya se había producido, como precisa la sentencia, lo que se pretende es dar a esta disposición legal una dimensión jurídica que no tiene. Una cosa es el reconocimiento oficial de la condición de afectado, o lo que es igual, la confirmación de un estado de salud que ya existía con anterioridad, para beneficiarse de las ayudas públicas, y otra distinta la prescripción, sobre la que nada establece. Lo contrario sería dejar en manos de terceros, públicos o privados, sin intervención de las partes o parte interesada,

⁵ Un atinado comentario de esta sentencia lo realizó YZQUIERDO TOLSADA, 2015, pp. 651-663.

la determinación del día a partir del cual la acción podía ejercitarse.

Tampoco es determinante dicho Real Decreto para declarar la concreta situación de incapacidad, que ya existía, y trasladar el plazo de prescripción más allá del alta médica, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, por ser el momento en que se concreta definitivamente el daño y pudo ser conocido en toda su extensión por el perjudicado (SSTS 25 mayo 2010, 9 de enero 2013, entre otras). En primer lugar, porque es un argumento ajeno al recurso y como tal no se puede utilizar, sin la contradicción debida, para fundamentar un plazo distinto. En segundo lugar, «en el presente supuesto –dice la sentencia recurrida– ni se trata de un expediente laboral, ni la disposición adicional 57.^a de la Ley 26/2009 ni el Real Decreto que la desarrolla tienen por finalidad determinar y valorar definitivamente la incapacidad de los afectados por el principio activo de la talidomida, pues se trata de conceder ayudas... por razones de solidaridad». En tercer lugar, la sentencia (examinando todas las hipótesis en beneficio de las víctimas para ser indemnizadas), analiza el estado de algunos socios de AVITE (...) y la fecha en que se les reconoció el grado de minusvalía a partir de la cual considera que ha transcurrido con creces el plazo de prescripción, y es que, lo que se reclama es una indemnización derivada de las malformaciones que sufren los miembros de la asociación, por lo que la consolidación del daño se produjo desde el mismo momento del nacimiento, en la mayoría de edad o, eventualmente, en el momento de su reconocimiento a efectos de declaración administrativa de incapacidad, como con detalle y acierto analiza la sentencia recurrida».

La desestimación del segundo motivo de casación (FD Cuarto, apartado 2), que denunciaba la infracción del principio general del Derecho «la justicia es tratar desigualmente los casos desiguales», parte de la doctrina constante de la Sala Primera según la cual, para «fundamentar un motivo de casación en la infracción de un principio general del derecho, ese principio ha de estar reconocido como

tal en la ley o en la jurisprudencia, que debe ser citada expresamente», y, seguidamente, la sentencia añade:

«El principio que exige tratar desigualmente los casos desiguales [...] es ajeno al ordenamiento civil. Es cierto que el principio de igualdad permite el tratamiento desigual en determinadas situaciones de hecho desiguales y que los poderes públicos pueden actuar para poner remedio a la situación de determinados grupos sociales en indudable desventaja con respecto a otros... [Y que]...no toda desigualdad de trato legal respecto de la regulación legal de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la CE, sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello... El artículo 14 CE se vulnera cuando un mismo órgano judicial se aparta, de forma inmotivada, de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales (SSTS, entre otras, de 18 de junio 2011 y 20 de junio 2013)».

Tampoco estima el Tribunal Supremo el tercer motivo de casación (FD Cuarto, apartado 3), que alegaba infracción tanto de la doctrina de la aplicación restrictiva de la prescripción de acciones, como del principio *in dubio pro actione*, con los razonamientos siguientes:

«Es doctrina reiterada de esta Sala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico [...]. El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS 16 de marzo 2010; 29 de febrero 2012, entre otras), como se pretende en este caso mediante la invocación de la Ley 26/2009, no solo porque la prescripción ya se había producido cuando se publica, sino porque no responde a una reclamación de parte ni nada dispone esta norma en materia de prescripción.

Lo que no es posible es convertir la acción en imprescriptible, ni pretenderlo sin atender a los distintos periodos que la sentencia ha tenido en cuenta para establecer el día inicial de la prescripción, a partir de una peculiar interpretación del principio constitucional de seguridad jurídica [...]. Lo que aporta la sentencia es lo que ahora niega la parte recurrente: seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 46/1990, de 15 de marzo; STS 14 de diciembre 2005), como una expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (SSTS 36/1991, de 14 de febrero; 96/2002, de 25 de abril).»

Finalmente, el Alto Tribunal (FD Cuarto, apartado 4 y 5) desestima conjuntamente los motivos de casación cuarto, que denunciaba infracción de la doctrina de los daños continuados; y quinto, que alegaba infracción de los artículos 1968.2 y 1969 CC y el del principio general del derecho *actio nondum nata non praescribitur*. La sentencia empieza declarando que, para que la prescripción comience a correr, es necesario que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar, «aunque la jurisprudencia retrasa el comienzo del plazo de prescripción en supuestos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida hasta la producción del definitivo resultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida».

Respecto de los daños permanentes, descritos como aquellos que se producen en un momento determinado por la conducta del demandado y que persisten a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya ajenos al demandado, la sentencia afirma que el plazo de prescripción empieza a correr «cuando lo supo el agraviado» (art. 1968-2.º CC), es decir, desde que tuvo cabal conocimiento del daño y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo, «se daría la imprescriptibilidad absoluta, hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o hasta la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción» (FD Cuarto, apartado 5).

Seguidamente, el Tribunal Supremo declara que los daños sufridos por los asociados de AVITE son de carácter permanente y que el plazo

de prescripción ya se había cumplido en el año 2010, pues había comenzado a correr mucho tiempo antes: cuando se produjeron y se constató su carácter definitivo.

Respecto de los daños sobrevenidos (tardíos, nuevos), definidos como daños nuevos o agravación de los ya existentes y cuyo plazo prescriptivo comienza cuando se concreta el alcance de los nuevos daños, el Tribunal Supremo declara que, en el caso de autos, no se han acreditado, ni tampoco puede admitirse que resulten del «Informe Heidelberg», en el que se habla solo de ellos como mera posibilidad y sin carácter general.

En síntesis, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida. No obstante, también matiza que si en el futuro se produjeren daños nuevos, los afectados podrían ejercitar la acción indemnizatoria, posibilidad que se incardina en «la llamada cosa juzgada temporal, o límites temporales de la cosa juzgada, que es admitida por nuestra jurisprudencia, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior a la sentencia inicial. Supone que una sentencia puede servir de complemento a otra cuando en ésta no se pudieron tener en cuenta determinados supuestos, no a hipótesis en que la indemnización pudo preverse con anterioridad». Además, puntualiza que «en cualquier caso, no podría conllevar que el plazo inicial de prescripción volviera a computarse para todos ellos».

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1200/2023, DE 21 DE JULIO («TALIDOMIDA II»)

1. LA NUEVA DEMANDA DE AVITE Y LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 35 DE MADRID, DE 27 DE DICIEMBRE DE 2016

Con fecha 25 de junio de 2014, AVITE presentó una segunda demanda frente a Grünenthal Pharma, S. A. y también frente a Grünenthal GmbH, que no había sido demandada en el anterior proceso. A través de esta segunda demanda, AVITE ejercitó una acción de responsabilidad extracontractual en nombre y representación de tres de sus asociadas que no figuraban como perjudicadas en la demanda precedente.

Como puede apreciarse parando la atención en las fechas, AVITE interpuso esta segunda demanda poco después de que la primera fuese parcialmente estimada por la sentencia de 19 de

noviembre de 2013, del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid (*vid. supra*), pero antes de que esta sentencia fuera revocada totalmente por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de octubre de 2014 (*vid. supra*).

En esta nueva demanda se solicitaba una sentencia que declarase que las tres señoras –en cuyo nombre accionaba AVITE– estaban afectadas por la talidomida y se condenase solidariamente a las demandadas a indemnizar a dichas señoras en las sumas de 1.780.000 euros, 1.940.000 y 1.300.000 euros, respectivamente, así como a pagar a cada una de ellas las prestaciones equivalentes a las que actualmente reciben los pensionistas de la *Conterganstiftung* (Fundación Contergan).

Las demandadas se opusieron a la demanda y solicitaron del Juzgado su total desestimación.

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Madrid, con fecha 27 de diciembre de 2016, estimó de oficio la excepción de cosa juzgada, desestimó íntegramente la demanda y absolvió a las demandadas. Según se afirma en esta sentencia, existe cosa juzgada porque la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo núm. 544/2015, de 20 de octubre, «examinando un caso idéntico al presente, declaró prescrita la acción ejercitada por lo que entendemos la referida resolución produce los efectos de la cosa juzgada en el presente procedimiento» (FD Segundo *in fine*).

2. LA SENTENCIA 418/2018, DE 26 DE NOVIEMBRE, DICTADA POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 13.^a)

Contra la sentencia del Juzgado de 27 de diciembre de 2016, interpusieron AVITE y el Ministerio Fiscal sendos recursos de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid.

Ambos recurrentes alegaron infracción de los artículos 224.4 y 218 LEC, y 24 CE por entender que no concurría cosa juzgada.

Además, el Ministerio Fiscal alegó infracción de los artículos 1902 y 1968.2 CC, sosteniendo que el plazo de prescripción de la acción ejercitada empezó a computarse desde la fecha de la sentencia de Primera Instancia dictada en el primer procedimiento (19 de noviembre de 2013), pues solo entonces las perjudicadas –como consumidoras especialmente vulnerables– tuvieron oportunidad de conocer todos los elementos fácticos y jurídicos sobre la falta de persecución de la infracción de la patente por Chemie Grünenthal GmbH.

Por su parte, AVITE también alegó la infracción del artículo 1969 CC alegando que la acción no estaba prescrita por varias razones. Primera, porque se trata de daños continuados y, por tanto, la acción para reclamarlos sigue existiendo. Segunda, porque la actora carecía de los elementos necesarios para accionar por desconocer los documentos sobre las patentes obtenidas por Chemie Grünenthal GmbH relativas al nombre comercial «Contergan»(registrado en Alemania entre 1950-1952 y en España en 1955) y a la talidomida (registrada en Alemania el 19 de agosto de 1952 y en España el 3 de marzo de 1956), cuya relevancia respecto de la no prescripción de la acción vendría dada por el hecho de que dichos documentos fueron admitidos por el Juzgado de Primera Instancia (habían sido aportados en la audiencia bajo los números 10 a 13). Tercera, porque el plazo de prescripción debe comenzar el 26 de junio de 2013, fecha de entrada en vigor en Alemania de la ley de revisión y actualización de las ayudas de la Fundación Contergan para personas discapacitadas, ya que en la demanda se reclaman para las afectadas las mismas prestaciones instauradas en 2013 en Alemania para los perjudicados por la talidomida.

El recurso de apelación fue resuelto por la sentencia núm. 418/2018, de 26 de noviembre, dictada por la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid⁶. Esta sentencia, tras desestimar el recurso por infracción procesal presentado por el Ministerio Fiscal (FD Sexto), acepta el motivo de apelación fundado en los artículos 224.4 y 218 LEC y 24 CE alegado tanto por el Ministerio Fiscal como por AVITE. En consecuencia, la Audiencia declara la no concurrencia de la cosa juzgada, ya que si bien en ambos casos ha sido parte actora la asociación AVITE, son distintos los afectados por la talidomida representados por esta Asociación en una y otra demanda y, además, la segunda demanda se ha dirigido frente a una nueva demandada, la entidad Grünenthal GmbH, que no había sido demandada en el primer pleito.

Sin embargo, la Audiencia desestima el recurso de apelación declarando prescrita la acción de responsabilidad extracontractual, tal y como alegaban las recurrentes. En el Fundamento de Derecho Octavo, la Audiencia comienza declarando que, para resolver esta cuestión, es fundamental tener en cuenta la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 544/2015, de 20 de octubre, no por sus efectos de cosa juzgada, sino por la jurisprudencia que sienta sobre la prescripción en materia de daños ocasionados por la talidomida.

⁶ ECLI: ES: APM: 2018:16926.

A continuación, la Audiencia afirma que, para la fijación del *dies a quo* en el cómputo de la prescripción de la acción de culpa extracontractual no es relevante la fecha en que se pudo solicitar una concreta indemnización, en este caso las nuevas ayudas que otorga la Fundación Cortegan, puesto que, si fuera así, cualquier derecho indemnizatorio o de otro tipo que fuera reconocido a los afectados en virtud de estos hechos haría renacer la acción. En este contexto, la Audiencia considera aplicable por analogía ciertas declaraciones contenidas en la STS 544/2015 (Talidomida I). Entre ellas, la relativa a que el Real Decreto 1006/2010, si bien reconoce oficialmente la condición de afectado para beneficiarse de las ayudas públicas, nada establece sobre la prescripción; o las consideraciones sobre el plazo legal de un año para el ejercicio de las acciones derivadas de la responsabilidad extracontractual, recordando la doctrina reiterada de la Sala Primera según la cual una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, este instituto jurídico, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico.

La sentencia también aborda la alegación de AVITE que denuncia infracción del artículo 1969 CC y sostiene que la actora carecía de los elementos necesarios para accionar hasta que, en la audiencia previa al juicio, tuvo conocimiento de los documentos (números 10 a 13) relativos a las patentes de la demandada Chemie Grünenthal GmbH. La Audiencia rechaza estos argumentos afirmando que los documentos mencionados carecían de novedad en sí mismos, porque no eran secretos y figuraban en registros públicos desde mediados del siglo pasado, por lo que eran accesibles no solo para la realización de esta demanda, sino en las fechas señaladas como etapas por la STS 544/2015. En este sentido, la Audiencia declara que «la información supuestamente determinante del ejercicio de la acción estaba en registros de acceso público, por lo que nada impedía a las demandantes haber solicitado copia de los registros de patentes desde que las mismas fueron concedidas a los efectos de fundar su acción, máxime cuando el proceso penal tuvo gran transcendencia mediática a nivel europeo, transcendencia que incluso perdura en la actualidad».

En cuanto al argumento de que las asociadas representadas en el pleito por AVITE sufren daños «continuados» y, por tanto, la acción no ha prescrito, la Audiencia vuelve a considerar aplicable lo declarado en la STS 544/2015, conforme a la cual «en materia de daños de perjudicados por la talidomida no cabe hablar de daño continuado,

sino de daño permanente, es decir, aquel daño que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado».

Por último, la sentencia de la Audiencia afirma que AVITE no ha acreditado que las tres asociadas representadas en este proceso hayan sufrido nuevos daños con posterioridad al momento del nacimiento, es decir, que no se ha demostrado la existencia de los llamados daños sobrevenidos, tardíos o secundarios. Destaca que, en el caso concreto, ni en la demanda, ni en los documentos que la acompañan se hace referencia a ningún daño que pueda considerarse secundario o de aparición tardía, sino exclusivamente a las malformaciones congénitas patentes en la fecha de nacimiento de las afectadas (años 1960 o 1961), daños que ocasionaron en su día las correspondientes declaraciones de discapacidad y su condición de beneficiarias del Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960-1965.

Como consecuencia de los anteriores razonamientos, resumidamente expuestos, la Audiencia desestima los recursos de apelación interpuestos respectivamente por AVITE y por el Ministerio Fiscal, por considerar que la acción de responsabilidad extracontractual contra las demandadas está prescrita al haberse probado únicamente la existencia de daños permanentes, que sufren las demandantes afectadas desde el momento de su nacimiento.

3. EL RECURSO DE CASACIÓN Y LAS CUESTIONES JURÍDICAS EXAMINADAS EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1200/2023, DE 21 DE JULIO

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 26 de noviembre de 2018, interpuso recurso de casación la asociación AVITE. El Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso de casación.

De los dos motivos de casación alegados por AVITE, solo el primero fue admitido por el Tribunal Supremo. En él se alegaba infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el inicio del *dies a quo* en el ejercicio de acciones.

La formulación de este motivo de casación denota que la asociación recurrente era plenamente consciente de que, tras la previa sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 544/2015, de 20 de octubre, era muy difícil que el Alto Tribunal no considerase de nuevo

prescrita la acción por aplicación del artículo 1968.2 CC, pues resultaba prácticamente imposible que modificara la calificación de los daños causados por la talidomida como daños «permanentes» para calificarlos como daños continuados, según había mantenido AVITE en todo momento. Probablemente por esta poderosa razón, el recurso de AVITE puso el acento en el *dies a quo* y en el requisito del conocimiento por el dañado de la identidad del causante del daño, ya que, a tenor del artículo 1968.2 CC, el plazo de un año se computa «desde que lo supo el agraviado». Por otra parte, y dado que también la alegación de un supuesto desconocimiento resultaba difícil de fundar, la entidad tuvo que recurrir a alegaciones poco verosímiles, como que únicamente se tuvo conocimiento o se pudo tener conocimiento racional de la identidad de la demandada, Grünenthal GmbH, en virtud de las inscripciones de las patentes de la talidomida, que se aportaron en la audiencia previa del juicio (documentos números 10 a 13, patentes del medicamento denominado «Contergan») o con base en uno de los denominados «Documentos Düsseldorf» –aportado en el primer procedimiento– acreditativo de que Chemie Grünenthal GmbH tenía conocimiento de que otros laboratorios comercializaban la talidomida y nada hizo para evitarlo.

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso abundando en los argumentos de AVITE y poniendo especial énfasis en el relativo al documento del archivo Düsseldorf. Sostuvo que los perjudicados no conocieron ese dato hasta la sentencia de Primera Instancia dictada en el primer procedimiento (19 de noviembre de 2013), por lo que, a su juicio, la acción no podía considerarse prescrita.

El recurso de casación fue desestimado por la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1200/2023, de 21 de julio (Talidomida II), que entendió, en síntesis, que la tesis del recurso «fuerza a márgenes no admisibles el plazo de inicio de la prescripción».

En su Fundamento de Derecho Primero, esta nueva sentencia del Tribunal Supremo reproduce extensamente los antecedentes del proceso que siguió a la primera demanda ejercitada, el 12 de febrero de 2012, por AVITE frente a Grünenthal Pharma, S. A. En concreto, reseña las sentencias del Juzgado de Primera Instancia, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala 14.^a) y de la propia Sala Primera (sentencia núm. 544/2015, de 20 de octubre), haciendo suyos los razonamientos que llevaron a estimar, en el asunto Talidomida I, que la acción ejercitada por AVITE estaba prescrita.

El Fundamento de Derecho Segundo lo dedica la STS 1200/2023 a exponer el motivo de casación y su desarrollo argumental. Como ha quedado dicho, el motivo se centraba en la determinación del

dies a quo del plazo de prescripción, insistiendo en que, para que comience dicho plazo, el perjudicado debe conocer necesariamente tres elementos: el agente causante del daño (la talidomida), el alcance de las lesiones y el responsable (en este caso, la farmacéutica demandada) sin que –a juicio de la recurrente– la circunstancia de que la patente se encontrase en registros públicos sea suficiente para determinar tal conocimiento prescindiendo de las circunstancias personales de las reclamantes.

En el Fundamento de Derecho Tercero, el Alto Tribunal razona la desestimación del recurso. A tales efectos, tras referirse a los dos modelos teóricos (subjetivo y objetivo) de determinación del día inicial del cómputo del plazo de la prescripción extintiva, señala que el criterio subjetivo es el que rige en materia de responsabilidad civil extracontractual, tanto en el Código civil como en algunas leyes especiales. Ahora bien, el Tribunal Supremo recuerda que este criterio subjetivo del «conocimiento» se interpreta por la jurisprudencia como posibilidad racional de conocimiento o cognoscibilidad, de manera que el cómputo de la prescripción comienza cuando el demandante debió adquirir el conocimiento de la identidad de la persona causante del daño. Por tanto, añade la sentencia, «basta con la posibilidad racional de tal conocimiento, que se ha de conectar, además, con el empleo de la diligencia debida, de manera que no cabe amparar supuestos de abandono, negligencia o mala fe en la búsqueda o constatación de la persona del deudor, que dejaría en las exclusivas manos del perjudicado la decisión del inicio del plazo de la prescripción, lo que evidentemente no cabe aceptar». Y concluye declarando que esta doctrina, aplicada al caso enjuiciado, impide sostener que respecto de unos hechos que se remontan a la década de los cincuenta del siglo XX –muchos de ellos, hechos notorios y de extraordinaria repercusión social– se tome como fecha de inicio del plazo de prescripción la fecha de aportación –a la audiencia previa del primer juicio promovido por AVITE– de las inscripciones de las patentes (realizadas en los años 1952 a 1956) o de un documento del llamado expediente Düsseldorf sobre infracciones de dichas patentes.

Asimismo, el Tribunal Supremo hace suyo el argumento de la Audiencia Provincial en el sentido de que la identidad de la empresa responsable de la invención y comercialización de la talidomida era un hecho notorio, máxime dada la publicidad de las terribles consecuencias de la ingesta del fármaco objeto del proceso. Recuerda también que, de la propia lectura de la demanda (y de la demanda del anterior proceso, que la segunda demanda reprodujo sustancialmen-

te), resulta que la demandante era conocedora del citado dato, así como del proceso penal seguido en Alemania por los hechos alegados, que finalizó en los años setenta del pasado siglo. En relación con el propio texto de la demanda, el Tribunal Supremo destaca que en él «ni tan siquiera se hace referencia, en el apartado relativo al ejercicio temporáneo de la acción, a que su demora de más de cincuenta años en su planteamiento derivase de las dificultades del conocimiento de la identidad del responsable, sino de la aplicación de la doctrina de los daños continuados». Por otra parte, añade la sentencia, en la propia demanda se dice textualmente que «a finales de la década de los años cincuenta del siglo xx, la farmacéutica Grünenthal, una poderosa multinacional radicada en otros países y en España, sintetizó, patentó, comercializó y distribuyó en todo el mundo (directamente o a través de otros laboratorios o empresas de su grupo) un fármaco con un principio activo llamado talidomida». La demanda incluso afirma, según recuerda la sentencia, que «Grünenthal obtuvo la patente de la talidomida en Alemania occidental en 1954».

Todos estos datos, unidos al hecho de la constitución de la asociación y a sus propios estatutos (2003), así como las negociaciones entabladas por AVITE con Grünenthal con anterioridad a la demanda, permiten al Tribunal Supremo señalar que resulta obvio que no se puede aceptar que se tome como *dies a quo* para el cómputo de la prescripción la fecha de la audiencia previa del juicio, que es cuando se aportaron a los autos las inscripciones de las patentes. Añade, en fin, la sentencia que «en cualquier caso, fácil sería concluir, con la mínima diligencia requerida, que la farmacéutica demandada era titular de una patente para proteger su comercialización, por lo que constituía una conducta no disculpable, si fuera decisiva, no consultar los correspondientes registros públicos, máxime cuando la acción no la plantean directamente las perjudicadas, sino una asociación que cuenta con sus asesoramientos legales y constituida en el año 2003 para la defensa de los intereses del grupo de afectados».

En su comentario a esta sentencia, Marín López⁷ considera que nos encontramos ante una sentencia importantísima por la doctrina que contiene sobre la aplicación del criterio subjetivo del conocimiento en la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción en la responsabilidad extracontractual y por la doctrina relativa al conocimiento potencial (cognoscibilidad), que la sentencia ahora comentada vincula a la buena fe y a la diligencia, con especial referencia a la eventual consulta de los registros públicos o al auxilio de expertos. Marín López reconoce, sin embargo, que la novedad de la STS 1200/2023 no está tanto en la asunción del

⁷ Revista CESCO, 2023, pp. 44-56.

criterio subjetivo del conocimiento cuanto en la exposición de una doctrina general sobre la materia (en los párrafos 6 y 7 del FD Tercero). Tiene razón. Como trataremos de exponer seguidamente, tanto en la sentencia Talidomida I como en la sentencia Talidomida II (que hace íntegramente suya la precedente), el Tribunal Supremo en realidad lo que realiza –con amplia cita de sus resoluciones anteriores sobre la materia– es una rigurosa aplicación de su propia y ya consolidada doctrina sobre la calificación de los daños (permanentes, continuados y sobrevenidos) y sobre el cómputo del plazo de prescripción establecido en el artículo 1968.2.º CC con base en el criterio subjetivo del conocimiento del daño por parte del agraviado.

3.1 **La calificación de los daños: la distinción entre daños permanentes, continuados y sobrevenidos (nuevos o tardíos)**

En relación con el transcurso del tiempo, la doctrina del Tribunal Supremo viene distinguiendo, junto a los llamados daños instantáneos o de tracto unitario (*vid.*, por ejemplo, la STS de 5 de abril de 1988), tres tipos o categorías de daños respecto de los cuales se plantea en términos diversos el inicio del plazo de prescripción.

(i) *Daños permanentes o duraderos*. Son aquellos cuyo efecto negativo persiste a lo largo del tiempo, incluso con la posibilidad de agravarse por factores ajenos a la acción u omisión del demandado. El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual para reclamar la indemnización de este tipo de daños comienza a correr, conforme al artículo 1968-2.º CC, «cuando lo supo el agraviado», es decir, en el momento en que el perjudicado tuvo cabal conocimiento del daño y su trascendencia o secuelas. Cuando se trata de lesiones corporales, el plazo prescriptivo se computa desde que se conocen de manera definitiva los efectos del daño padecido, que generalmente coincide con el momento en que tiene lugar el alta médica definitiva o parte definitivo de secuelas.

(ii) *Daños continuados o de tracto sucesivo*. Son aquellos en los que la actividad dañosa persiste y sigue generando daños. Existe, en palabras del profesor Ricardo de Ángel Yagüez, «una conducta dañosa continuada». Ejemplo típico son las inmisiones contaminantes (SSTS de 25 de junio y 17 de julio de 1989). El plazo de prescripción de la acción indemnizatoria de este tipo de daños comienza cuando cesa la producción de daños y se conoce el definitivo resultado dañoso o secuelas, salvo que sea posible fraccionar

en etapas diferentes los daños sufridos (en cuyo caso, cada nueva etapa daría lugar también a una nueva acción). Todo ello sin que esta doctrina pueda conllevar la indeterminación del *dies a quo*, pues eliminaría en la práctica la prescripción.

(iii) *Daños sobrevenidos* (tardíos, nuevos, secundarios). Son los daños que aparecen y se manifiestan tardíamente y que, pese a ser causados por una actividad dañosa que dejó de existir, son diferentes de los que se inicialmente se produjeron como consecuencia necesaria de esa actividad o evento dañoso. El ejemplo típico es la aparición de nuevas enfermedades, dolencias o secuelas no previstas en el diagnóstico médico inicial. Se trata de daños nuevos, no simplemente futuros, ya que son distintos de los permanentes y de su normal evolución, por lo que no cabe confundirlos con la «evolución normal de los daños permanentes». En estos supuestos, el perjudicado puede ejercitar una nueva acción indemnizatoria de esos daños sobrevenidos, pero no de los permanentes originarios cuya acción está ya prescrita. El plazo de ejercicio de la nueva acción, que comienza «desde que lo supo el agraviado» (art. 1968-2.º CC), se computa desde que el perjudicado tuvo conocimiento del alcance de los daños sobrevenidos.

Las dos demandas sobre la talidomida, de manera más intuitiva que técnica y sin la necesaria precisión terminológica, partieron de la idea de que los daños que padecían los afectados eran daños continuados. En el primer procedimiento, la sentencia del Juzgado así lo entendió también. Sin embargo, ya la muy fundada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de octubre de 2014, descartó esta calificación y calificó los daños como «daños permanentes», con un criterio luego ratificado por el Tribunal Supremo en las dos sentencias aquí examinadas (STS 544/2015 y STS 1200/2023). De hecho, en la última de estas sentencias, no existió ya en casación debate sobre la calificación de los daños (dado que el recurso de casación no lo plantea) y el Tribunal Supremo solo aborda esta cuestión cuando trae a colación, citándola extensamente, la previa Sentencia de 20 de octubre de 2015, afirmando:

«El daño permanente es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente, el plazo de prescripción comenzará a correr «desde que lo supo el agraviado», como dispo-

ne el artículo 1968.2.º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción (SSTS 28 de octubre 2009; 14 de junio 2001).

Es el caso de las enfermedades crónicas (SSTS de 18 de diciembre de 2014, rec. n.º 2339/2012 –amianto–; 5 de mayo de 2010, rec. n.º 1323/2006 –tabaquismo–; 15 de octubre de 2008, rec. n.º 2721/2003 y 19 de enero de 2011, rec. n.º 1331/2007), y de los daños medioambientales (SSTS de 11 de junio de 2011, rec. n.º 1905/2009 y 28 de octubre de 2009, rec. n.º 170/2005), entre otras».

3.2 El problema de los daños sobrevenidos

Como ya hemos explicado en los inicios de este comentario, la idea de que los afectados por la talidomida padecían –o padecían de manera más severa– otras dolencias (como la escoliosis, la artrosis, la colocación errónea de vasos, nervios y músculos, etc.) se venía planteando desde hacía algún tiempo en Alemania y está en el origen tanto del «Informe Heidelberg» (año 2012) encargado por la Fundación Contergan (que concluyó poniendo de relieve la necesidad de una investigación científica sistemática de estos posibles daños secundarios, causados en la etapa prenatal pero descubiertos más tarde), como en el origen de los complementos y actualización de las ayudas que venían recibiendo los afectados a través de dicha Fundación (año 2013).

Se trata de una cuestión que no resulta del todo ajena a los pleitos iniciados en España por AVITE contra Grünenthal en el año 2012, pero no tuvo concreción jurídica porque las demandas finalmente interpuestas no reclamaban daños nuevos o sobrevenidos (objeto del «Informe Heidelberg» y cuya investigación se recomienda en este informe), sino los daños derivados de las malformaciones padecidas en el momento de nacimiento. Las sentencias del Tribunal Supremo, especialmente, la sentencia Talidomida I (544/2015) –ya que la cuestión no se debatió en el recurso que resolvió la sentencia Talidomida II (1200/2023)–, ponen de manifiesto este dato, a la vez que recuerdan la reiterada doctrina juris-

prudencial sobre la prescripción de este tipo de daños sobrevenidos, conforme a la cual:

– La aparición de daños nuevos o la agravación de los anteriormente apreciados, no está cubierta por la cosa juzgada, caso de mediar sentencia previa.

– Estos nuevos daños permiten al afectado ejercitar una nueva acción, cuyo plazo de ejercicio arrancará en el momento en que las nuevas consecuencias lesivas sean definitivas.

– En ningún caso el nacimiento de esta nueva acción derivada de daños sobrevenidos puede suponer que el nuevo plazo de prescripción se extienda a la acción derivada de los daños originarios (instantáneos, permanentes o continuados).

Esta doctrina se recoge en el Fundamento de Derecho Tercero de la STS 1200/2023 al reseñar lo que el propio Tribunal Supremo dejó ya dicho en la sentencia precedente (STS 544/2015):

«Y es que una cosa es que los daños se manifestaran con el nacimiento, que no son daños continuados, sino permanentes y evaluables, en los que el plazo de prescripción comienza a correr cuando se produjeron, y se constató su carácter permanente y definitivo, y otra distinta son estos daños tardíos en los que sí cabe que el cómputo se difiera al momento en que sus consecuencias lesivas sean definitivas.

Estamos ante la llamada cosa juzgada temporal, o lo que la doctrina conoce con el nombre de límites temporales de la cosa juzgada, que es admitida por nuestra jurisprudencia, especialmente en aquellos supuestos en que el curso cronológico de las lesiones muestra la aparición de daños nuevos, o una agravación del anteriormente apreciado, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior. Supone que una sentencia puede servir de complemento a otra cuando en ésta no se pudieron tener en cuenta determinados supuestos, no a hipótesis en que la indemnización pudo preverse con anterioridad (SSTS 19 febrero 1973, 27 enero 1981, 13 mayo 1985, 9 febrero 1988 y 15 marzo 1991), y, en cualquier caso, no podría conllevar que el plazo inicial de prescripción volviera a computarse para todos ellos. En la actualidad, la posibilidad de indemnizar por daños sobrevenidos está reconocida en el Anexo Primero 8 de la Ley sobre Responsabilidad

Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor 30/1995».

Por lo que hace referencia a su aplicación al caso, la Sentencia 1200/2023 destaca que lo reclamado en la demanda fue la indemnización de los daños por malformaciones sufridas en el momento del nacimiento, pero no se han reclamado daños nuevos, los cuales, por otra parte, tampoco están probados. En consecuencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, dejando a salvo el derecho de los afectados a reclamar indemnización de eventuales daños nuevos que pudieran acreditarse en el futuro. En este sentido, afirma el Alto Tribunal (FD Tercero):

«Pues bien, lo único que se reclamó en la demanda es una indemnización consistente en 20.000 euros por “cada punto porcentual de minusvalía reconocida por la Administración Española”, es decir, una indemnización por las malformaciones físicas existentes al tiempo del nacimiento, en función del reconocimiento de minusvalía de carácter administrativo. Supone que las secuelas no se han modificado y que el daño en sí se provocó en dicho momento y no en otro posterior, sin que pueda quedar indeterminado en virtud de una posible evolución de la enfermedad en un sentido o en otro. Por tanto, la sentencia [recurrida] no ha fraccionado el daño, pues como tal no considera los sobrevenidos en una etapa distinta, y como consecuencia declara prescrita la acción dejando a salvo los daños secundarios o de aparición tardía, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior, lo que en estos momentos no se ha acreditado a través de la correspondiente investigación científica, ni resulta tampoco del informe Heidelberg en que se establece simplemente como posibilidad y sin carácter general.

Los afectados de manera individual, dice la sentencia [recurrida], tras los correspondientes informes clínicos en los que se compruebe, se les diagnostique estas secuelas (o nuevos daños) y sus efectos invalidantes, podrían ejercitar (si así lo entendieren) las acciones correspondientes por las mismas (no por las anteriores), pues entonces (tras estos nuevos diagnósticos) sí se iniciaría un nuevo plazo de prescripción (artículos 1968.2 y 1969 CC), al ser en ese momento cuando quedaría concretado el alcance de los nuevos daños (STS 19 enero 2011), pues respecto de los mismos, una vez se acredi-

ten respecto de cada uno de los afectados, sí sería de aplicación el principio *actio nondum nata non praescribitur* (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir)».

3.3 El cómputo del *dies a quo* del plazo de prescripción: criterio subjetivo y criterio objetivo

Aunque la cuestión no se planteaba en el recurso, ni resultaba necesaria para su resolución, la sentencia comentada, como viene siendo habitual, no desaprovecha la ocasión para teorizar sobre la materia, trayendo a colación el clásico debate sobre la opción entre el criterio de la *actio nata* o el criterio subjetivo del conocimiento para el arranque del plazo de prescripción de las acciones (FD Tercero):

«Desde un punto de vista estrictamente teórico caben dos modelos de determinación del día inicial del cómputo del plazo de la prescripción extintiva que veda, por razones de seguridad jurídica, el ejercicio de las acciones judiciales transcurrido un determinado periodo de tiempo.

El modelo objetivo identifica el día inicial del plazo prescriptivo con el nacimiento de la pretensión sin prestar atención a las circunstancias subjetivas concurrentes en la persona del acreedor; mientras que el subjetivo expresamente las contempla en tanto en cuanto exige ponderar el conocimiento o, mejor dicho, la posibilidad razonable de conocer por parte del perjudicado los elementos condicionantes del nacimiento de su crédito resarcitorio».

Tras esta exposición teórica, la sentencia reconoce que este debate, que en nuestro Derecho puede tener interés en sede de responsabilidad contractual, es irrelevante a efectos de la resolución del caso planteado, porque, como es manifiesto, en sede de responsabilidad extracontractual el criterio legal está expresamente sentado en el artículo 1968.2 CC y es inequívoco:

«No se suscita en el recurso la problemática de la expansión del criterio subjetivo a la prescripción contractual (arts. 1964 y 1969 CC), sino que, al constituir el objeto del proceso una acción por culpa extracontractual del artículo 1902 del CC, es de aplicación el artículo 1968.2 del mismo texto legal que, inspirado en un criterio subjetivo, norma, que prescriben al año las acciones indemn-

zatorias por daños de tal naturaleza cuyo cómputo comenzará “desde que lo supo el agraviado”.

Bajo dicha proposición normativa quien ejercita la acción precisa conocer no solo la entidad del daño sufrido, las consecuencias dañosas del acto ilícito, sino también, entre otros elementos, la identidad del deudor, esto es, de la persona contra la que debe dirigir la acción. Y, precisamente, tal alegado desconocimiento es el que constituye el fundamento de su recurso».

3.4. **Criterio subjetivo: conocimiento y conocimiento potencial (cognoscibilidad)**

El alcance del criterio subjetivo que contiene el artículo 1968.2 CC («desde que lo supo el agraviado») lo interpreta la jurisprudencia en el sentido de que el conocimiento incluye la identidad del responsable y, sobre todo, en el sentido de que «conocimiento» es también «conocimiento potencial o cognoscibilidad». Estos criterios son también aplicables, en ocasiones porque así lo establecen expresamente las propias normas que los regulan, a distintos regímenes especiales de responsabilidad civil (como productos defectuosos, daños nucleares, infracciones a la competencia, etc.). La STS 1200/2023 (FD Tercero) lo explica así:

«Basta con la posibilidad racional de tal conocimiento, que se ha de conectar, además, con el empleo de la diligencia debida, de manera que no cabe amparar supuestos de abandono, negligencia o mala fe en la búsqueda o constatación de la persona del deudor, que dejaría en las exclusivas manos del perjudicado la decisión del inicio del plazo de la prescripción, lo que evidentemente no cabe aceptar.

Rige, pues, un criterio de conocimiento potencial (cognoscibilidad), según el cual el cómputo de la prescripción comienza cuando el demandante debió adquirir el conocimiento de la identidad de la persona causante del daño, deudora de su reparación o resarcimiento. Ello implica actuar con la diligencia exigible que, en determinados casos, requiere incluso la consulta a un experto, y ponderar, también, la conducta del deudor encaminada a la ocultación de su identidad, en tanto en cuanto conforma un obstáculo que condiciona

negativamente el ejercicio de la acción por parte del acreedor. Este criterio del conocimiento cuenta con referencias normativas como la constituida por el artículo 147 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (...). También, el artículo 15.2 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (...). O el artículo 10. 2 c) de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (...).

La jurisprudencia de esta sala se ha manifestado en el sentido expuesto, basta por todas la STS 350/2020, de 24 de junio, en la que señalamos como expresión de una consolidada jurisprudencia que: «Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación fijan el *dies a quo* para el ejercicio de la acción a partir de la fecha en que el perjudicado conoció el alcance del daño personal y material sufrido, prescindiendo del conocimiento por dicho perjudicado de la identidad del responsable. No obstante, la redacción del artículo 1969 del Código Civil no admite duda acerca de que el tiempo para la prescripción de acciones «se contará desde el día en que pudieron ejercitarse» y lógicamente no puede ejercitarse la acción cuando no se conoce la identidad de aquél o aquéllos frente a los que ha de dirigirse, con independencia de que el perjudicado cuente desde antes con los datos objetivos referidos a la cuantía del daño o perjuicio causado'. Así lo establece esta Sala en las sentencias citadas por el recurrente núm. 25/2015, de 2 de febrero, y 725/2014, de 18 de diciembre; así, como en fecha más reciente la núm. 94/2019, de 14 de febrero, que trata de un supuesto similar al ahora planteado».

3.5. El alcance del conocimiento potencial o cognoscibilidad: la buena fe

Alguna consideración adicional hay que realizar en relación con los párrafos de la STS 1200/2023 (FD Tercero, párrafos 6.º y 7.º) que dejan sentado que el cómputo del plazo de prescripción comienza cuando el perjudicado conoció «o debió adquirir el conocimiento» de la identidad de la persona causante del daño, deudora de su reparación

o resarcimiento (criterio del «conocimiento potencial o cognoscibilidad», como lo denomina la propia Sentencia).

El Tribunal Supremo sostiene que este criterio implica valorar la diligencia del acreedor y ponderar también la eventual conducta del deudor encaminada a la ocultación de su identidad. Podría pensarse que ambas valoraciones se pueden reconducir a la buena fe como límite en el ejercicio por las partes de sus derechos (art. 7 CC) pero, dado que buena fe y diligencia no son en absoluto sinónimos ni equivalentes, hace bien el Tribunal Supremo en considerarlas separadamente.

Para valorar la conducta de las partes, la Sentencia, aunque no lo dice expresamente, remite a la buena fe (art. 7 CC). Respecto del responsable, exige ponderar la conducta encaminada a la ocultación de su identidad, en tanto en cuanto conforma un obstáculo que condiciona negativamente el ejercicio de la acción por parte del acreedor. Nótese que, como acertadamente observa Marín López⁸, aquí la buena fe del deudor no se predica del incumplimiento (*rectius*, de la causación del daño), sino de su actuación posterior, que trata de ocultar el evento dañoso o algunas de sus circunstancias relevantes, como puede ser la identidad del propio responsable.

Queda abierto el debate, que la Sentencia no resuelve de manera concluyente, sobre si la ocultación dolosa retrasa el *dies a quo* al momento del conocimiento real de los hechos (tesis de M. J. Marín López⁹) o si simplemente constituye un elemento más para valorar la cognoscibilidad, entendiéndose que debe seguir aplicándose la regla de que el cómputo del plazo se inicia si el acreedor puede diligentemente conocer los hechos que fundamentan la pretensión resarcitoria. En este punto, lo que seguramente se puede sostener con algún grado de certeza, es que conforme a los más elementales postulados de la buena fe, difícilmente puede admitirse que quien ha ocultado de manera dolosa el daño, sus circunstancias o su autoría pueda alegar con éxito la falta de diligencia del perjudicado.

Respecto del dañado, el criterio de la buena fe, dice la STS 1200/2023, impide amparar «supuestos de abandono, negligencia o mala fe en la búsqueda o constatación de la persona del deudor, que dejaría en las exclusivas manos del perjudicado la decisión del inicio del plazo de la prescripción, lo que evidentemente no cabe aceptar».

⁸ Revista CESCO, 2023, p. 49.

⁹ Revista CESCO, 2023, pp. 51 y 52.

3.6. El alcance del conocimiento potencial o cognoscibilidad: la diligencia debida

El criterio de la cognoscibilidad remite también, como indica la STS 1200/2023, al deber de diligencia. El acreedor debe desplegar la «diligencia debida» o la «diligencia exigible» en la averiguación de los hechos que pueden fundar su pretensión indemnizatoria. No hay inconveniente en entender con Marín López¹⁰ que, en principio, se trata de la diligencia media, es de decir, la que impone al perjudicado actuar en la averiguación de los hechos como lo haría cualquier otra persona en su lugar. Pero no debe excluirse un nivel de diligencia inferior o superior, atendidas las circunstancias concretas, o una diligencia profesional cuando intervienen especialistas. Un buen ejemplo lo constituye el caso objeto de este comentario, en el que AVITE alegó la vulnerabilidad de las asociadas en cuyo nombre accionaba, y en el que el Tribunal Supremo tiene expresamente en cuenta que la demanda no fue interpuesta directamente por las afectadas sino por una asociación «que cuenta con asesoramiento legal».

Dos concretas manifestaciones del deber de diligencia se mencionan en esta sentencia: la consulta a un experto y la consulta de registros públicos (en este caso, la consulta del Registro de patentes).

A) La consulta a un experto. A este primer supuesto de manifestación del deber de diligencia se refiere la sentencia, siguiendo las huellas de la doctrina¹¹, cuando afirma que el criterio del conocimiento potencial o cognoscibilidad «implica actuar con la diligencia exigible que, en determinados casos, requiere incluso la consulta a un experto ...». Ahora bien, debemos tener presente que se trata de una mención a título de ejemplo, como mera hipótesis teórica, sin relevancia para resolver el caso planteado.

Como señala Marín López¹², la idea es que si conforme a la diligencia exigible el perjudicado debía haber solicitado el asesoramiento de un experto y no lo hizo, el plazo de prescripción empezará a correr y no podrá pertrecharse en la ignorancia de los hechos que fundamentan la pretensión para conseguir retrasar el *dies a quo*. E igualmente que si una actuación diligente así lo requiere el plazo de prescripción de la acción no se inicia hasta la obtención del informe del experto, siempre que este informe ponga de mani-

¹⁰ Revista CESCO, 2023, p. 50.

¹¹ Especialmente de algunos trabajos recientes de MARÍN LÓPEZ, como el propio autor destaca en el comentario a la sentencia tantas veces citado y en el que el lector encontrará la referencia precisa a sus anteriores estudios sobre la materia (pp. 45 y ss.).

¹² Revista CESCO de Derecho de Consumo, p. 50.

fiesto los hechos que fundamentan la pretensión y/o la persona contra la que dirigir la reclamación, que el perjudicado ignoraba.

Este mismo autor destaca que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el papel de los dictámenes de los expertos en la determinación del inicio del plazo de prescripción y que, de una u otra manera, lo ha hecho en las SSTS 190/2008, de 11 de marzo; 501/2009, de 29 de junio; 454/2016, de 4 de julio; 604/2017, de 10 de noviembre; 94/2019, de 14 de febrero; y 602/2021, de 14 de septiembre.

B) La consulta de los Registros públicos. Se trata del segundo supuesto de manifestación del deber de diligencia que examina la STS 1200/2023. Concretamente, dado el caso objeto del recurso, lo refiere a la consulta de los registros de patentes.

Como hemos visto, esta cuestión se planteó porque el recurso de casación interpuesto por AVITE pretendía, de manera principal, situar el inicio del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción en la fecha en la que fueron aportados al juicio, en el acto de audiencia previa (como documentos números 10 a 13), las inscripciones de las patentes del «Contergan» y de la talidomida en Alemania y España en los años cincuenta del pasado siglo. Se alegaba que fue en audiencia previa el preciso momento en que la demandante había tenido constancia formal de que la demandada había patentado la talidomida.

Pues bien, a propósito de esta cuanto menos peculiar alegación, el Tribunal Supremo señala que, con independencia de otros muchos argumentos que también enumera, «fácil sería concluir, con la mínima diligencia requerida, que la farmacéutica demandada era titular de una patente para proteger su comercialización, por lo que constituía una conducta no disculpable, si fuera decisiva, no consultar los correspondientes registros públicos, máxime cuando la acción no la plantean directamente las perjudicadas sino una asociación que cuenta con asesoramientos legales y constituida en el año 2003 para la defensa de los intereses del grupo de afectados».

La idea es que aun cuando no se hubiera tratado –como realmente se trató– de un hecho notorio por su repercusión social, a los afectados por la talidomida les hubiera resultado sencillo averiguar quién era el fabricante de dicho fármaco con una simple consulta al Registro de Patentes en España, donde figuraba su titular desde los referidos años cincuenta del siglo pasado.

En principio, esta doctrina puede generalizarse a todos aquellos supuestos en los que el propio acto o la conducta dañosa acceden a un registro público (por ejemplo, inscripción por tercero no autor del dibujo, caso de la STS de 19 de abril de 1997) o a aquellos

casos en que los registros públicos dan cuenta de datos precisos sobre algunos de los hechos que pueden fundar la reclamación (por ejemplo, en el Registro de la Propiedad, la titularidad del fondo del que proceden las inmisiones)¹³. Pero esta eventual generalización debe adoptarse con las necesarias cautelas. En efecto, dadas las diversas y limitadas funciones que se atribuyen en nuestro Derecho a los registros públicos de todo tipo, no son infrecuentes los supuestos en los que dichos registros no reflejan la verdadera realidad jurídica (por ejemplo, la titularidad real); o en los que resulta más relevante la realidad del tráfico que lo inscrito (qué es lo relevante a nuestros efectos: ¿la inscripción del dibujo por un tercero o su utilización comercial?); o, en fin, los supuestos en los que la complejidad de lo inscrito y lo publicado dificulta o impide la identificación del responsable (piénsese, por ejemplo, en los complejos entramados societarios que se pueden presentar en el momento en que se trata de identificar la figura del fabricante).

A la hora de enjuiciar todos estos supuestos en los que se relaciona la diligencia con la publicidad de los Registros públicos, no resulta menor tampoco el problema relativo a la condición del perjudicado. En su sentencia 1200/2023, el Tribunal Supremo nos ofrece una pista cuando considera relevante, ya lo hemos dicho, que, en el caso enjuiciado, «la acción no la plantean directamente las perjudicadas, sino una asociación que cuenta con asesoramientos legales y constituida en el año 2003 para la defensa de los intereses del grupo de afectados».

3.7. **Prescripción, asistencia social y reconocimiento administrativo**

Existe una conocida línea jurisprudencial que, respecto de los daños corporales, especialmente los producidos en el ámbito laboral, amparándose en el tópico de la interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, tiene declarado que cuando se ha seguido expediente administrativo para determinar la repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del perjudicado, el plazo de prescripción no comienza hasta que ese expediente no concluye por resolución administrativa firme. Y si el perjudicado recurre en sede judicial la resolución administrativa, el plazo no comenzará hasta que medie resolución judicial firme.

Como justamente ha observado M. Yzquierdo Tolsada¹⁴, esta doctrina, que, aunque puede ser objeto de crítica, cuenta con argu-

¹³ En este sentido, MARÍN LÓPEZ, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, p. 52.

¹⁴ YZQUIERDO TOLSADA, 2015, pp. 662 y 663.

mentos de peso en sede de accidentes laborales y enfermedades profesionales, pudo tener influencia en el modo, manera y tiempo en que AVITE decidió interponer –en nombre de algunos de sus asociados– la demanda contra Grünenthal. La idea podría resumirse así: de la misma manera que el expediente administrativo de la Seguridad Social determina (si no es recurrido) cuándo comienza el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil que pueda entablarse contra el empleador, los expedientes recaídos en aplicación de Real Decreto 1006/2010 (dictado en desarrollo de la Ley 26/2009), que reconocían la condición de afectados por la talidomida y atribuían una puntuación por las secuelas, debían ser el punto de arranque de la prescripción de la acción civil de responsabilidad contra el fabricante del fármaco por daños derivados de la talidomida.

Debe ser destacado que esta jurisprudencia, y este modo de razonar, fueron acogidos expresamente por el voto particular que el magistrado Arroyo Fiestas formuló en la STS 544/2015, de 20 de octubre (Talidomida I). En efecto, con cita de la STS de 11 de febrero de 2011 que recoge y expone extensamente la mencionada doctrina del Tribunal Supremo, el voto particular sostiene que de la misma manera que la jurisprudencia de la Sala viene manteniendo que la consolidación de las lesiones no es suficiente para que arranque el plazo de prescripción, sino que ha de estarse a la declaración administrativa (o, en su caso, judicial) de la incapacidad, debería entenderse que en el procedimiento entablado por AVITE, el inicio del cómputo de la acción ejercitada (*dies a quo*) debería comenzar tras el reconocimiento administrativo de la incapacidad existente y de su relación con la ingestión de talidomida.

Rechazan esta interpretación tanto la STS 544/2015, de 20 de octubre (expresa y razonadamente, respecto del RD 1006/2010), como la STS 1200/2023, de 21 de julio (a mayor abundamiento, respecto del más reciente Real Decreto 574/2023, de 5 de julio). En la primera de estas sentencias, el Tribunal ratifica lo resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid sobre esta cuestión y dice lo siguiente (FD Cuarto, apartado 1):

«Pues bien, con independencia de que a la entrada en vigor del RD 1006/2010 la prescripción ya se había producido, como precisa la sentencia, lo que se pretende es dar a esta disposición legal una dimensión jurídica que no tiene. Una cosa es el reconocimiento oficial de la condición de afectado, o lo que es igual, la confirmación de un estado de salud que ya existía con anterioridad, para beneficiarse de

las ayudas públicas, y otra distinta la prescripción, sobre la que nada establece. Lo contrario sería dejar en manos de terceros, públicos o privados, sin intervención de las partes o parte interesada, la determinación del día a partir del cual la acción podía ejercitarse.

Tampoco es determinante dicho Real Decreto para declarar la concreta situación de incapacidad, que ya existía, y trasladar el plazo de prescripción más allá del alta médica, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, por ser el momento en que se concreta definitivamente el daño y pudo ser conocido en toda su extensión por el perjudicado (SSTS 25 mayo 2010; 9 de enero 2013, entre otras). En primer lugar, porque es un argumento ajeno al recurso y como tal no se puede utilizar, sin la contradicción debida, para fundamentar un plazo distinto. En segundo lugar, «en el presente supuesto –dice la sentencia recurrida– ni se trata de un expediente laboral, ni la disposición adicional 57.^a de la Ley 26/2009 ni el Real Decreto que la desarrolla tienen por finalidad determinar y valorar definitivamente la incapacidad de los afectados por el principio activo de la talidomida, pues se trata de conceder ayudas (a tanto alzado en virtud de un grado de invalidez ya determinado) por razones de solidaridad». En tercer lugar, la sentencia (examinando todas las hipótesis en beneficio de las víctimas para ser indemnizadas), analiza el estado de algunos socios de AVITE cuyos documentos constan en las actuaciones y la fecha en que se les reconoció el grado de minusvalía a partir de la cual considera que ha transcurrido con creces el plazo de prescripción, y es que, lo que en este caso se reclama es una indemnización derivada de las malformaciones que sufren los miembros de la asociación, por lo que la consolidación del daño se produjo desde el mismo momento del nacimiento, en la mayoría de edad o, eventualmente, en el momento de su reconocimiento a efectos de declaración administrativa de incapacidad, como con detalle y acierto analiza la sentencia recurrida (...).

Es doctrina reiterada de esta Sala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpreta-

ción, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS 22 de febrero 1991; STS de 16 de marzo 2010, 17 de julio 2012 y 2 de abril de 2014, entre otras). El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS 16 de marzo 2010; 29 de febrero 2012, entre otras), como se pretende en este caso mediante la invocación de la Ley 26/2009, no solo porque la prescripción ya se había producido cuando se publica, sino porque no responde a una reclamación de parte ni nada dispone esta norma en materia de prescripción.

Lo que no es posible es convertir la acción en imprescriptible, ni pretenderlo sin atender a los distintos periodos que la sentencia ha tenido en cuenta para establecer el día inicial de la prescripción, a partir de una peculiar interpretación del principio constitucional de seguridad jurídica sobre el día inicial prescindiendo de sus argumentos sobre los informes del CIAC y del INSERSO. Que la talidomida puede ser causa de las malformaciones no es algo nuevo, algo que haya descubierto el RD 1006/2010 después de cincuenta años para procurar la reparación del daño frente a quien lo causó. Lo que aporta la sentencia es lo que ahora niega la parte recurrente: seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 46/1990, de 15 de marzo; STS 14 de diciembre 2005), como una expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (SSTS 36/1991, de 14 de febrero; 96/2002, de 25 de abril). La solución sin duda no está en estos momentos en los tribunales, ni ninguno se cita de algún país nuestro entorno que haya procurado soluciones distintas del orden civil a la que aquí se pretende, lo que no anula una eventual expectativa de que la Administración tome conciencia de situaciones como la acontecida, o de cualquier otra especie, y les haga frente, como ya hizo en el año 2009».

La llamada al legislador tuvo éxito (con seguridad no tanto por la sentencia como por la presión de los colectivos afectados) y, como ya hemos explicado en el apartado primero de este comentario, poco antes de dictarse la STS 1200/2023, se publicó el Real Decreto 574/2023, de 5 de julio, por el que se regula el procedimiento de con-

cesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1950-1985. Quizás para evitar eventuales confusiones, la STS 1200/2023 deja dicho que esa nueva norma «no tiene incidencia para la resolución del presente recurso», sin duda porque comparte la doctrina sentada en la STS 544/2015, cuyos razonamientos sobre este punto transcribe en el Fundamento de Derecho Primero en los términos antes expuestos y que, resumidamente, vienen a afirmar que los citados Reales Decretos son normas de asistencia social dictadas, además, cuando la prescripción de la acción de responsabilidad civil por los daños sufridos en el momento del nacimiento de los afectados ya se había producido hacía mucho tiempo.

3.8. **Algunos tópicos sobre la prescripción: la brevedad del plazo y la interpretación restrictiva**

Comentario adicional merecen dos ideas que se reflejan en los recursos de casación y en las propias sentencias del Tribunal Supremo y que no por reiteradas deben dejar de ser objeto de alguna precisión: la idea de que el plazo de un año para la prescripción de las acciones de responsabilidad civil que se establece en nuestro derecho es muy corto y la idea de que la prescripción debe ser interpretada restrictivamente.

Sobre estas cuestiones, en la STS 544/2015 (Talidomida I) se puede leer lo siguiente (FD Cuarto, apartado 3):

«Es doctrina reiterada de esta Sala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS 22 de febrero 1991; STS de 16 de marzo 2010, 17 de julio 2012 y 2 de abril de 2014, entre otras). El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS 16 de marzo 2010; 29 de febrero 2012, entre otras)».

Es obvio que no pueden sensatamente discutirse las conclusiones fundamentales que se contienen en esta sentencia, a saber: que no cabe derogar por vía interpretativa el propio instituto de la pres-

cripción; que el plazo de prescripción es improrrogable; y que no cabe una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción. Ahora bien, sí parece conveniente matizar los presupuestos sobre la prescripción extintiva de los que parte el Tribunal Supremo y que son precisamente los que luego le obligan a tener que realizar estas matizaciones: los relativos a la duración del plazo de la acción de responsabilidad extracontractual, por un lado, y a la interpretación del propio instituto de la prescripción, por otro.

A) El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por daños.

El plazo de un año para el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil establecido en el artículo 1.968.2 CC es considerado un plazo corto, no solo por el Tribunal Supremo (que lo califica de «indudablemente corto»), sino también por la práctica totalidad de la doctrina. Esta idea parece presidir asimismo algunas disposiciones legales, ya que tanto ciertas leyes especiales como las reformas recientes en materia de prescripción lo amplían notablemente, a tres o incluso cinco años.

Aquí no vamos a cuestionar esta opinión generalizada, pero sí queremos recordar el fundamento y las indudables ventajas que laten en la regulación de esta materia por parte del Código civil: la idea de liquidar prontamente, y liquidar con la necesaria proximidad a los hechos y a las pruebas, una relación que es accidental, meramente derivada del contacto social y no de un contrato u otro negocio jurídico celebrado por las partes. Idea arropada con las garantías con que el propio Código reviste al plazo de prescripción, especialmente al adoptar el criterio subjetivo del conocimiento («desde que lo supo el agraviado») para fijar el *dies a quo* y al insertar la norma en un sistema (art. 1973 CC) que permite la interrupción de la prescripción por simple reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

Además, debe tenerse presente que la interpretación jurisprudencial de estas normas es indudablemente generosa, en varios aspectos. En primer lugar, respecto del criterio subjetivo para la fijación del *dies a quo*, al considerar que el conocimiento se extiende a todos los elementos de la pretensión a ejercitar –incluido, según hemos visto, la identidad del causante del daño– y al entender que el daño debe estar plenamente consolidado para que se inicie el cómputo del plazo. Y, en segundo lugar, respecto de la interrupción extrajudicial, al dar por buena –como efectivamente lo dan todos

nuestros tribunales, incluido el Tribunal Supremo— cualquier tipo de reclamación dirigida al responsable por cualquier medio (verbal, carta, simple telegrama, email, etc.), incluso si tal reclamación se limita a reservarse el ejercicio de la acción sin precisar los elementos esenciales de la pretensión (título de imputación, cuantía, etc.).

Restaría en este punto recordar la observación del profesor Luis Díez-Picazo en el sentido de que lo que califica como «extraordinaria brevedad de la prescripción», en realidad «supone de facto una sobrecarga en la aplicación de la norma, pues han sido muchísimas las sentencias en que ha tenido que discutirse el comienzo del plazo y la existencia de causas de interrupción, lo que desde el punto de vista de política jurídica no se encuentra muy fundado»¹⁵. Pero la verdad es que casos como el de la talidomida (en el que incluso el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse en dos sentencias, en 2015 y 2023) y otros muchos casos similares que se podrían citar, hacen dudar seriamente de que extender algo más este plazo de prescripción pudiera evitar este problema, que es lo que con indudable optimismo apuntaba el profesor Díez-Picazo.

B) La interpretación del instituto de la prescripción.

La idea de que la figura de la prescripción debe interpretarse restrictivamente porque, según se dice, es una institución no basada en principios de estricta justicia (a veces se habla de «justicia intrínseca», signifique esto lo que signifique), es un arrastre de las viejas ideas que situaban el fundamento de la prescripción en el supuesto abandono del ejercicio del derecho por parte de su titular. Fundada, en cambio, la prescripción en el principio de seguridad jurídica (y así lo reconoce, por ejemplo, la tantas veces citada sentencia Talidomida I, en su FD Cuarto, apartado 5), resulta contradictorio defender su interpretación restrictiva.

Lo explicó hace ya muchos años el profesor Díez-Picazo con unas palabras que todavía hoy conviene recordar para cerrar este comentario: «Las afirmaciones del Tribunal Supremo sobre el conflicto entre seguridad jurídica y justicia intrínseca tienen un escaso fundamento teórico y ninguno legal. Las normas relativas a la prescripción no permiten criterios de interpretación diferentes de los que se aplican a las demás normas y de los que dimanarían del artículo 3 del Código civil. La prescripción es un instituto del ordenamiento jurídico y sus reglas deben ser interpretadas con los criterios hermenéuticos generales. No se puede decir que la subsistencia de los derechos sea un principio general y su extinción una suerte

¹⁵ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2003, p. 214.

de excepción, pues ello sólo puede resultar de la decisión del legislador o de la aplicación de los referidos criterios hermenéuticos»¹⁶.

IV. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Supremo 1200/2023, de 21 de julio, como antes la sentencia 544/2015, de 20 de octubre, cuya doctrina reitera, desestima el recurso de casación relativo a la responsabilidad civil del fabricante por los daños causados por la talidomida considerando que la acción ejercitada estaba sobradamente prescrita.

Se trata de una sentencia rigurosa, fundada tanto en los preceptos legales de aplicación al caso (señaladamente, el art. 1968.2 CC) como en la reiterada y consolidada jurisprudencia del propio Tribunal Supremo sobre el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción cuando median daños personales.

Esta jurisprudencia, que la sentencia aplica una vez más, distingue, a efectos del plazo de prescripción, entre daños continuados, permanentes y sobrevenidos. En el caso de autos, entiende que los daños derivados de la talidomida alegados en la demanda (malformaciones manifestadas en el nacimiento) deben considerarse daños permanentes, que son aquellos cuyo efecto negativo permanece a lo largo del tiempo, incluso con la posibilidad de agravarse por factores ajenos a la acción u omisión del demandado.

La sentencia recuerda que para este tipo de daños la jurisprudencia tiene sentado que el plazo de prescripción, que comienza «desde que lo supo el agraviado» (art. 1968.2 CC), exige el cabal conocimiento del daño, de su trascendencia o secuelas, y el conocimiento del causante de dicho daño. Pero, respecto de este último requisito, esta misma jurisprudencia que la sentencia aplica y reitera, entiende que el conocimiento puede ser no solo real, sino también potencial («cognoscibilidad») si, conforme a la buena fe o de acuerdo con la diligencia exigible, el perjudicado estaba en condiciones de conocer la identidad del causante del daño.

En el caso de la talidomida, el Tribunal Supremo reitera en esta sentencia que los hechos alegados se remontan a los años cincuenta y sesenta del pasado siglo, que era un hecho notorio tanto el daño causado por la talidomida como el laboratorio que la había patentado y había comercializado el Contergan, y que estaba perfectamente acreditado, incluso por la simple lectura de las demandas inter-

¹⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2003, p. 48.

puestas por la asociación de afectados, que los demandantes conocían la identidad del responsable.

En consecuencia, considera que la acción ejercitada, cuyo plazo legal es un año desde que lo supo el agraviado (art. 1968.2 CC) había prescrito mucho antes de que se entablaran negociaciones con el laboratorio, o de que se adoptaran por el legislador (2009) y por la Administración (2010) las primeras medidas asistenciales para los afectados, y por supuesto mucho antes de la fallida conciliación (2011) de la primera de las demandas (2012) y de la aportación al juicio de las inscripciones de las patentes (2016).

No obstante, las dos sentencias del Tribunal Supremos aquí examinadas, contemplan expresamente la posibilidad de que cualquiera de los afectados por la talidomida pueda sufrir daños sobrevenidos o tardíos, es decir, daños nuevos y diferentes de los permanentes que padecen desde el momento de su nacimiento. Estas sentencias recuerdan la reiterada doctrina jurisprudencial sobre los daños sobrevenidos, conforme a la cual su aparición permitiría al afectado ejercitar una nueva acción, ya que no estarían cubiertos por la cosa juzgada, caso de mediar sentencia previa, y el plazo de ejercicio de dicha acción comenzaría en el momento en que las nuevas consecuencias lesivas sean definitivas. Ahora bien, el nacimiento de esta nueva acción nunca puede suponer que el nuevo plazo de prescripción se extienda a la acción derivada de los daños permanentes iniciales ya prescrita.

BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La prescripción extintiva. En el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, edición revidada y puesta al día. Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Conocimiento potencial del acreedor, diligencia de las partes y publicidad de los Registros públicos en la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción: STS 1200/2023, de 21 de julio (caso Talidomida II)», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.2 47/2023, pp. 44-56.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la talidomida». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 8/2013, pp. 130-147.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, *et al.*: «Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI núm. 90 Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida», en *Indret*, 1/2014.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (4149/2015). Prescrita la acción contra los fabricantes de la talidomida», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, 2015. Dykinson y BOE, pp. 651-663.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Académico senior. Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTÍZ** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **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), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Jose María MARTÍN FABA** (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Nicolás MONTES SERRANO** (Doctorando. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Paula ROBERT CABRERA** (Graduada en Derecho y en Ciencia Política y Administración Pública. Universidad Autónoma de Madrid), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora permanente laboral. Universidad de Burgos), **Francisco SANTANA 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. Acuerdos sociales abuso por contrarios al interés social: requisitos.—Requiere que concurran los requisitos exigidos por el artículo 7.2 CC y la jurisprudencia que lo interpreta para considerar la concurrencia de abuso de derecho en esta materia societaria precisa: i) el uso formal o externamente correcto de un derecho; ii) que cause daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y iii) la inmoralidad o antisocialidad de esa conducta, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo, esto es, en ausencia de interés legítimo), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo).

Apreciación.—La apreciación del abuso de derecho no exige que concurra otra infracción legal, y en concreto, que se haya infringido un determinado precepto de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), por cuanto que se trata de una actuación aparente o formalmente amparada en la ley, pero que, por las excepcionales circunstancias que en ella concurren, constituye una extralimitación que la ley no ampara.

Nulidad del acuerdo.—En el caso concreto de la impugnación de acuerdos sociales, para que pueda acordarse la nulidad del acuerdo es necesario que concurra una infracción de ley, por lo que en este caso podría cuestionarse si el abuso de derecho en la adopción del acuerdo, en perjuicio de tercero, puede considerarse como tal infracción de ley determinante de la nulidad del acuerdo. Para lo cual debemos tener en cuenta la legislación vigente cuando se adoptaron los acuerdos impugnados, fundamentalmente el artículo 204 LSC, en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, cuyos dos primeros apartados establecían *que eran impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables*. En consecuencia, para que el acuerdo social pudiera considerarse nulo, único supuesto para el que los terceros que acreditaran interés legítimo estaban legitimados para impugnar, era necesario que fuera *contrario a la ley*.

Abuso de derecho.—Aunque en la regulación de la impugnación de acuerdos sociales no se hiciera mención expresa al abuso de derecho o al abuso de poder, ello no constituía un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 CC, son contrarios a la ley. Así, la jurisprudencia ha considerado la declaración de nulidad, conforme al artículo 7.2 CC, de los acuerdos aprobados en una junta general en cuya convocatoria se incurrió en un abuso de derecho, puesto que, aunque su convocatoria se ajustó formal y aparentemente a los preceptos legales que regulan la convocatoria de las juntas sociales, las circunstancias anormales que concurrieron (el administrador convocante se apartó del modo en que hasta ese momento se venían convocando las juntas en la sociedad, que era una sociedad cerrada de tan solo tres socios) y la finalidad con que se actuó (impedir que los socios titulares de la mitad del capital social asistieran a la junta y adoptar el acuerdo de cese del administrador social enfrentado al administrador convocante de la junta). Del mismo procede la nulidad, por abuso de derecho (manifestado en mala fe y contravención de los actos pro-

prios), de unos acuerdos adoptados con privación del derecho de asistencia y voto a unos socios representados conforme a un sistema de representación previamente admitido por la sociedad en unas juntas generales precedentes y sin tiempo para que pudieran reaccionar a dicho cambio de criterio.

Régimen específico.—Debemos tener presente la existencia de algunos casos de abuso de derecho, en especial cuando afectan a conflictos intrasocietarios, en los que la conducta está expresamente tipificada como causa de impugnación del acuerdo social; en cuyo caso no sería necesario acudir al régimen general del artículo 7.2 CC, sino que habría de estarse a lo previsto específicamente en la norma societaria. Se trata de los acuerdos sociales que, en el régimen del artículo 204 LSC anterior a la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, incurrieran en un abuso de derecho que determinaba la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros,

Actual artículo 204 LSC.—El actual artículo 204 LSC, cuya redacción proviene de Ley 31/2014, de 3 de diciembre, regula una modalidad específica de acuerdo impugnabile por concurrir abuso por parte de la mayoría. El apartado segundo del precepto establece: *La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.* Pero, al tiempo, también existen supuestos en los que el abuso de derecho en que se ha incurrido al adoptar el acuerdo social no es reconducible a ese supuesto de acuerdo «lesivo» del interés social específicamente previsto en el artículo 204.1 LSC, tanto antes como después de la reforma del año 2014. Así ocurre cuando el abuso de derecho que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social.

Precisión.—Cabe precisar que lo que provoca la nulidad del acuerdo no es el hecho de que afecte negativamente al derecho de un tercero. El ejercicio de los derechos por parte de sus titulares supone hacer uso de un haz de facultades que, normalmente, afectan negativamente al ámbito jurídico de los terceros, pero eso no los hace ilícitos. De ahí el axioma clásico que afirma que *el que usa de su derecho no causa daño a nadie*, lo que provoca la nulidad del acuerdo es que esa afectación negativa al derecho de un tercero o, lo que es lo mismo, el perjuicio para el tercero ha sido producido por un acuerdo contrario a la ley, y que esa contrariedad a la ley consiste en que el acuerdo constituye un abuso de derecho.

Determinación.—Para determinar si los acuerdos sociales impugnados incurren o no en abuso de derecho, conviene examinar cuál es su razón de ser, en atención a las circunstancias (artículo 7.2 CC) en que se adoptaron. (STS 701/2022, de 25 de octubre; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torre.]

HECHOS.—La representación procesal de J. I., C. y J. A. interpuso demanda contra B. V. S., SA, solicitando la nulidad de pleno derecho de los acuerdos sociales de aprobación de modificación ciertos artículos de los Estatutos sociales adoptados en la Junta General Extraordinaria y Universal de Accionistas de la mercantil B. V. S., SA, por ser contrarios a la ley, al constituir un supuesto de abuso de derecho. Las razones en que los demandantes fundaban esa pretensión consistían en que los acuerdos adoptados en la junta

de socios de B. V. S. SA pretendían frustrar el éxito que J. A. pudiera obtener en anterior litigio, en el que solicitaba el reconocimiento del usufructo y los derechos políticos sobre la mayoría de las acciones de B.V.S SA que de acuerdo con la reforma de los estatutos atribuía a los acreedores pignoratícios (los cinco hijos con los que estaba enfrentado y que no eran demandantes) los derechos políticos sobre tales acciones, impedía que en caso de que se recuperara el control de la matriz, ello se tradujera en el control sobre su filial B. V. S., SA. Además, dado que los hijos con los que estaba enfrentado J. A. controlaban la sociedad B.V.S., SA. mediante la atribución de los derechos políticos correspondientes a las acciones pignoradas, estos podrían oponerse al reparto de dividendos que posibilitaran a El E. SA pagar los plazos del precio de las acciones de Eu. SA, lo que permitiría a dichos hijos la ejecución de la garantía pignoratícia. La eliminación del derecho de adquisición preferente de los socios en caso de ejecución judicial sobre las acciones dificultaría que el E. SA pudiera recuperar la titularidad de las acciones de B. V. S., SA. También solicitan la condena a la parte demandada al pago de las costas procesales. La parte demandada se opuso a la demanda solicitando su desestimación. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valladolid dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte actora. Recurrida en apelación por la representación procesal de J. I., C. y J. A., la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia por entender que la impugnación de acuerdos sociales basada en el abuso de derecho no puede determinar su nulidad por ser contrarios a la ley, sino en todo caso su anulabilidad por ser lesivos para el interés social, por tal razón, conforme al régimen legal aplicable, que era el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, el plazo de caducidad aplicable sería el de cuarenta días del artículo 205.2 y no el de un año del artículo 205.1 TRLSC. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

2. Prescripción de la acción de reclamación de cantidad en el contrato de seguro de asistencia sanitaria. Inexistencia de responsabilidad solidaria por negligencia médica del facultativo, el hospital y la aseguradora.—De conformidad con la Sala Primera del Tribunal Supremo, las diligencias preliminares no interrumpen el plazo de prescripción de cinco años de la acción de reclamación de cantidad en el ámbito del contrato de seguro de asistencia sanitaria. En virtud de dicho contrato de seguro, no procede la responsabilidad solidaria por negligencia médica del facultativo, el hospital y la aseguradora. (STS 77/2023, de 24 de enero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—R interpuso una demanda de reclamación de cantidad por negligencia médica contra una aseguradora, en virtud del contrato de seguro de asistencia sanitaria, habida cuenta de una negligencia médica producida por la práctica de una cesárea.

El Juzgado de Primera Instancia reconoce la responsabilidad de las entidades de seguro de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o centros médicos, sujeta al plazo de prescripción de cinco años, entendiendo que la práctica de diligencias preliminares interrumpía dicho plazo.

La Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento de instancia, por entender que estas diligencias interrumpían el plazo.

El Tribunal Supremo aprecia la prescripción de la acción de reclamación de cantidad por considerar que las diligencias preliminares, practicadas para preparar una acción por culpa extracontractual contra el médico, el hospital y las aseguradoras de responsabilidad civil, no interrumpen dicho plazo. Esta acción, por su naturaleza contractual, impide considerar una eventual responsabilidad solidaria del facultativo, el hospital y la aseguradora. (C. A. C.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Nuevas necesidades de justificación de las medidas modificativas de la capacidad tras la Ley 8/2021.—El artículo 752 LEC, respecto «de los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores», establece un sistema probatorio flexible. Asimismo, la sentencia del Pleno 589/2021, de 8 de septiembre, afirma que en el enjuiciamiento de esta materia no rigen los principios dispositivos y de aportación de parte, por ser procedimientos flexibles, en los que prima que pueda adoptarse la resolución más acorde con las necesidades de la persona con discapacidad

La regulación introducida 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, establece los principios de necesidad y proporcionalidad respecto del establecimiento de apoyos. De tal modo, resulta necesaria la justificación de toda medida de apoyo en el ámbito personal y patrimonial, así como la determinación de los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo.

A pesar de que el juez goza en estos procedimientos de gran discrecionalidad en la valoración de la prueba, ello no le exime de proceder a su justificación. Y en particular, debe esmerar esa justificación cuando las medidas sean acordadas contra la voluntad manifestada por el interesado y supongan una afectación de los derechos fundamentales de la persona. (ST5 964/2022, de 21 de diciembre; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El Ministerio Fiscal interpone demanda de modificación de la capacidad de obrar de Laura. Laura se opone a lo solicitado por el Ministerio Fiscal. La demanda es estimada. Se declara a Laura como incapacitada de forma parcial y se constituye una curatela.

La sentencia es recurrida en apelación. El recurso es desestimado. Laura interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El recurso de casación es estimado, dado que, en aplicación de la DT 6.ª de la Ley 8/2021, «los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella [...]». En consecuencia, con arreglo a la nueva regulación, la declaración de incapacidad ya no es posible. Asimismo, la sentencia carece de motivación suficiente respecto de las medidas de apoyo establecidas. (*T. R. C.*)

4. Inclusión en el registro de solvencia económica. Requerimiento de pago previo.—La exigibilidad del requerimiento de pago previo se funda en la necesidad de evitar 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, este requerimiento, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación (SSTS 563/2019, de 23 de octubre; y 609/2022, de 19 de septiembre, entre otras). (**STS 660/2022, de 13 octubre**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El actor plantea una demanda de tutela del derecho al honor por su inclusión indebida en registros de solvencia patrimonial. El Juzgado estimó la demanda y declaró la intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor, por haber introducido la entidad bancaria demandada los datos del demandante en el fichero de insolvencia económica de manera indebida, en cuanto que no quedó acreditado el requerimiento de pago previo. La Audiencia apreció el recurso de apelación interpuesto por la demandada al entender que el deudor era conocedor de la existencia de la deuda. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (*C. O. M.*)

5. Derechos de la personalidad. Derecho a la propia imagen. Colisión con la libertad de expresión de una asociación política. Utilización de la voz del testigo de un juicio en un vídeo que llama a la gente a unirse a la asociación. Incidencia de la autorización del tribunal a captar y difundir imágenes y sonidos del juicio. Ponderación de derechos e intereses en conflictos. Fines publicitarios.—La autorización de un juzgado o tribunal a captar y retransmitir las imágenes de un juicio no ampara cualquier uso posterior de tales imágenes. Viceversa, aunque la captación de imágenes y voz en un juicio no hubiese sido autorizada por el tribunal, ello no comporta automáticamente que su uso se reputa como una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. A efectos del artículo 7.6 LO 1/1982, el concepto «actividad publicitaria» debe interpretarse abarcando supuestos más allá de las finalidades comerciales o lucrativas. La falta de ánimo de lucro de la asociación demandada no excluye *per se* la existencia de fines publicitarios. No obstante, en el caso presente no hay intromisión ilegítima alguna, pues prima la finalidad de crítica política sobre hechos de inconmensurable

trascendencia política. (STS 1034/2022, de 23 de diciembre; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Ezequiel, guardia civil, declaró como testigo contra el presidente de la asociación *Ómnium Cultural* en el marco del juicio efectuado ante el Tribunal Supremo conocido popularmente como «juicio del procés». Este tribunal autorizó la captación de imágenes del juicio, así como su retransmisión. Así, la mencionada asociación hizo uso de la voz de Ezequiel —mas no de su imagen— en un montaje audiovisual para rebatir sus declaraciones en el juicio dentro de la crítica más general al proceso seguido contra su líder y otros políticos catalanes. Dicho vídeo finalizaba con las palabras «*fes-te soci*» (hazte socio). Posteriormente, fue difundido en redes sociales. La demanda de la que trae causa la presente sentencia deriva de la consideración de estos hechos por parte de Ezequiel como una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen.

El Tribunal Supremo, al igual que el juez de primera instancia y la Audiencia Provincial de Barcelona, no aprecia la existencia de una intromisión ilegítima. No obstante, difiere con las argumentaciones de sus precedentes en dos puntos. Primeramente, la autorización del Tribunal Supremo a captar y difundir imágenes del «juicio del procés» no permite todo uso posterior de esos materiales. En segundo lugar, el Tribunal Supremo afirma que los fines publicitarios no son excluidos en este asunto por el mero hecho de que *Ómnium Cultural* no tenga ánimo de lucro. Sin embargo, las pretensiones de Ezequiel decaen, pues el uso de sus imágenes se realizó de manera proporcionada en el marco de un asunto de indudable interés general. Se buscaba criticar tanto las declaraciones de Ezequiel, como el propio proceso contra el líder de la asociación. En este sentido, la expresión «hazte socio» debe entenderse como un llamamiento a la participación de los ciudadanos en la asociación para la participación en el debate político social. (*J. F.–L. M.*)

6. Derechos de la personalidad. Derecho al honor. Colisión con la libertad de expresión de un usuario de red social. Requisito de proporcionalidad. Intensidad ofensiva de las expresiones proferidas.—Es una condición para apreciar la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor que las expresiones en liza tengan una cierta relevancia ofensiva. En este sentido, deben tener una gravedad objetivamente considerada, de modo que resulten indudablemente injuriosas y lesivas de la dignidad. Ciertamente, el requisito de proporcionalidad en el juicio de ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión implica que las ideas u opiniones no pueden ser expresadas de modo ultrajante primando el carácter oprobioso. Las concretas palabras utilizadas no pueden ser valoradas de manera aislada y abstracta, sino en relación a su contexto. La respuesta a un comentario a la publicación de un usuario en una red social debe, entonces, ser valorada, junto al resto del mensaje, en particular: el comentario al que responde y la publicación donde se ambos se insertan.

El autor de una publicación en una red social es responsable por los comentarios injuriosos que terceros dejan en el tablón de dicha publicación.—El Tribunal Supremo parte de la base de las amplias y variadas facultades

des de administración que la red social en cuestión concede a sus usuarios respecto de sus perfiles. Entre ellas se incluyen la eliminación, la ocultación y la denuncia de comentarios, además del bloqueo de otros usuarios. Consecuentemente, el administrador de un perfil no puede desentenderse de lo que terceros publican en él y considerar que estos son los únicos responsables de lo manifestado. Por otro lado, tampoco cabe ampararse la falta de legitimación, la voluntad de evitar la censura o la dificultad que entraña el hecho de que un usuario deba realizar un juicio de ponderación sobre cada comentario que se publica en su perfil. Cuando el usuario tenga conocimiento efectivo de lo que terceros expresan en su perfil –que en el presente caso se demostró porque el demandado contestó a todos los comentarios que recibió su publicación–, debe actuar inmediatamente y proceder a su borrado. En efecto, el Tribunal Supremo afirma la existencia de un deber de diligencia reactiva y cuidado que obliga a eliminar de inmediato las expresiones oprobiosas que se vierten en un perfil, haciendo uso de las amplias facultades de administración que concede la red social. La pasividad y la abulia de un usuario que tiene conocimiento efectivo de los comentarios injuriosos que otros usuarios vierten en el perfil que este administra le convierten en responsable de los daños ocasionados por omisión. (**STS 747/2022, de 3 de noviembre**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.–El demandado, Leovigildo, difundió en su perfil de una red social una serie de publicaciones donde describía el conflicto que estaba sufriendo con sus vecinos a causa de una serie de obras. En ellos se quejaba de que sus dos vecinos, los demandantes Esther y Oscar, se habrían aprovechado de su amistad con el concejal de obras de la localidad en la que residen para impedir que obtuviese la concesión de la preceptiva licencia de obras. Asimismo, consideró los actos de estos vecinos como homófobos, injuriantes o constitutivos de acoso, entre otros calificativos. También se alegraba de que, finalmente, la justicia le hubiese dado la razón frente al caciquismo del ayuntamiento y sus vecinos. Estas publicaciones fueron compartidas 1.280 veces y recibieron 447 «me gusta». Además, terceros usuarios interactuaron con estas publicaciones, que recibieron más de 600 comentarios. Entre las declaraciones de estas personas en el tablón del demandante había numerosos insultos, burlas escarnecedoras e hirientes o simuladas amenazas ofensivas dirigidas hacia los demandantes, todas ellas con una alta carga peyorativa. Leovigildo respondió a todos los comentarios que su publicación recibió. Adicionalmente, un vecino de la localidad, observando el tono hiriente de las expresiones allí vertidas, publicó su propio comentario pidiendo sensatez y moderación en el lenguaje. Leovigildo bloqueó a este usuario y eliminó el comentario de su tablón. Por las razones que acaban de ser expuestas Esther y Oscar interpusieron una demanda contra Leovigildo considerando que este había infringido su derecho al honor a través de sus publicaciones, y por los comentarios de terceras personas.

El juez de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que las declaraciones respecto de los demandantes eran circunstanciales, no injuriosas y de difusión no superior al ámbito de la localidad donde residen. Por su lado, la Audiencia Provincial de La Coruña estimó en parte el recurso de los demandantes, condenando

a Leovigildo al pago de 3.000 euros en concepto de indemnización de daños morales. Si bien este tribunal no consideró que las publicaciones de autoría del demandado sobrepasasen el ejercicio aceptable de la libertad de expresión, sí apreció intromisiones ilegítimas en el derecho al honor de los demandantes en los comentarios de terceros. Creyó la Audiencia Provincial que no se podía eximir a Leovigildo de responsabilidad por estos hechos ya que no se trataba de meros comentarios en una conversación privada, sino que se encontraban expuestos en un perfil abierto y compartido por propia voluntad del demandado. Además, contaban con la aquiescencia de Leovigildo, que, como se ha afirmado, respondió a todos esos comentarios y bloqueó aquel que manifestaba una opinión divergente, de ahí que no pudiese negar su conocimiento de lo publicado en su tablón.

Todos los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron desestimados por el Tribunal Supremo. En particular, no se aprecia falta alguna al deber de motivación de la sentencia de instancia, puesto que la ponderación de los derechos en conflicto fue clara y suficiente. Por otro lado, la alegada incongruencia interna se refiere más bien, tal como se infiere del escrito del recurso, a la falta de legitimación pasiva *ad causam*, una cuestión de fondo que debe ser solventada en el ámbito del recurso de casación. Finalmente, reincide el Tribunal Supremo en su jurisprudencia acerca del error en la valoración de la prueba. Se trata de una cuestión reservada a la primera y la segunda instancia, irrevisable en este punto, a no ser que esta no se ajuste a los parámetros constitucionales de racionalidad. En especial, se da una valoración arbitraria de la prueba por infracciones de normas tasadas sobre este asunto o por errores fácticos objetivamente contrastables. En el presente caso, la Audiencia Provincial llevo a cabo esta tarea de acuerdo con las reglas de la sana crítica y lo que subyace en el motivo de recurso es, en verdad, un desacuerdo con los argumentos expuestos.

Finalmente, cabe llamar la atención sobre las alegaciones del demandado en cuanto a la arbitrariedad y desproporción de la cuantía resarcitoria. Concretamente, adujo que no se habían tenido en cuenta ni la escasa difusión de los comentarios lesivos del honor —que no trascendieron más allá de su perfil—, ni el hecho de que, no siendo personajes públicos, las lesiones no tuvieron incidencia en el ámbito personal o profesional de los demandantes. El Tribunal Supremo afirma que la base que le permite revisar la condena al pago de una indemnización no es la mera desproporción, sino la notoria desproporción de la cantidad reconocida. Las expresiones enjuiciadas en la presente sentencia constituyen un grave ataque a la dignidad de los demandados que no debe ser banalizado. El corto alcance de difusión de los comentarios en liza y la poca proyección pública de los demandados fueron elementos que ya la Audiencia Provincial tuvo en cuenta para fijar la cuantía indemnizatoria en 3.000 euros. (*J. F.–L. M.*)

7. Protección del derecho al honor. Conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y derecho al honor: Prevalencia de la libertad de expresión en contextos de enfrentamientos o contiendas políticas, sindicales o sociales.—De acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptado a las concepciones sociales, la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica, experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el artículo 2.1 LOI/1992 se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor) (SSTS 135/2014, de 21 de marzo; y 307/2022, de 19 de abril).

Así, se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda política (SSTS de 26 de enero y 1 de diciembre de 2010, entre otras muchas). Estas consideraciones no deben limitarse al ámbito de la política, sino que idénticos principios de jurisprudencia los aplica a supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, procesal, y otros [SSTS de 22 de diciembre de 2010 (en el contexto de la dialéctica sindical); 22 de noviembre de 2010 (sobre imputación a un concejal de delito de estafa y falsificación documental que luego es absuelto); 9 de febrero y 21 de abril de 2010 (en conflicto laboral); y 18 de marzo de 2009 (confrontación en el periodismo deportivo). (STS 620/2022, de 22 septiembre; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El presidente de una comunidad de propietarios presentó una demanda por intromisión ilegítima del derecho al honor contra uno de los de los vecinos de la comunidad por los comentarios y manifestaciones realizados por éste en una página en Facebook y en dos programas de televisión, al haber considerado que se ha iniciado una campaña de desprestigio contra él, en la que le atribuían irregularidades contables, lo descalificaban y calumniaban.

El Juzgado desestimó la demanda al entender que no se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, dada la situación de enfrentamiento existente derivada de las desavenencias respecto a la gestión y administración de la comunidad de propietarios. Enfrentamiento que no se limita a los intervinientes, sino que se extendía a una parte importante de los miembros del edificio. La Audiencia desestimó el recurso de presidente al considerar que las manifestaciones realizadas por el demandado no constituyen intromisión ilegítima en el derecho al honor, al estar amparadas por la libertad de expresión, siendo el reflejo de un clima de confrontación en el seno de la comunidad de propietarios, claramente dividida entre dos grupos que capitanean los que son parte en el proceso. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (C. O. M.)

8. Ponderación entre las libertades de expresión e información (artículo 20.1 CE), y la memoria del difunto: valoración de las circunstancias concurrentes.—La memoria del difunto no goza del mismo nivel de protección que el derecho al honor de una persona viva (STC 51/2008, de 4

abril). Las manifestaciones orales emitidas con la improvisación propia de una respuesta dada a una pregunta formulada en rueda de prensa, pueden admitir imprecisiones propias de la comunicación oral. En cambio, las declaraciones escritas destinadas a su publicación deben ser realizadas con detenimiento y reflexión para evitar una intromisión ilegítima en los derechos de terceros (STS 288/2015, de 13 mayo). Por lo anterior, al tratarse de una cuestión de interés público referida a una candidata política, manifestar oralmente que una mujer fue violada, sin imputar tal hecho, no atenta a la memoria de la persona difunta, quien según lo manifestado fue el agresor. Al contrario, la declaración escrita y posterior publicación en la que se imputa al difunto la violación sin prueba alguna, no se encuentra justificada en el ejercicio de las libertades de expresión e información. Tampoco en el derecho de participación política (artículo 23 CE), porque no puede confundirse la lucha contra la violencia de género con aquella imputación.

Determinación del *quantum* indemnizatorio.—Ha de tenerse en cuenta el número de conductas ilícitas, en el caso presente fue una y su difusión escasa. (STS 668/2022, de 13 de octubre; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Un diario publicó que una candidata política había sido condenada junto con su novio y un amigo por participar en el asesinato de una persona, quien según la primera le había agredido sexualmente, lo que no pudo acreditarse en el proceso penal. Ante esta noticia y la polémica generada, dos compañeros de partido político realizaron sendas declaraciones. El primero, en una rueda de prensa, a pregunta de un periodista, manifestó «remarcar que hablamos de hechos que tuvieron lugar hace 35 años, que se refieren a una mujer violada». El otro compañero, un dirigente de segundo nivel, publicó un tuit en su cuenta personal que decía «su novio entonces disparó al hombre que la violó». El hermano del fallecido interpuso demanda que fue estimada tanto en primera instancia como en apelación, condenando a los demandados a indemnizar 80.000 € y a otras prestaciones reparatorias. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por los demandados, absolvió al primero, y condenó al segundo al pago de una indemnización por cuantía de 10.000 €, manteniendo el resto de los pronunciamientos condenatorios en cuanto a éste, que consistían en eliminar el tuit ofensivo y publicar el encabezamiento y fallo de la sentencia. (F. S. N.)

9. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información.—Cuando entran en conflicto el derecho al honor y la libertad de información, la prevalencia de la segunda exige un juicio de ponderación ajustado a las circunstancias del caso, en el cual deben concurrir tres requisitos: 1) el interés público informativo, es decir, que estemos ante informaciones sobre asuntos de interés general, sea por la materia a la que alude la noticia o por razón de las personas afectadas; 2) la veracidad de la información, que implica que el informador despliegue una razonable diligencia a la hora de contrastar la noticia, conforme a las pautas profesionales, aunque después pueda ser desmentida o no resultar confirmada; 3) la proporcionalidad, en el sentido de que en la comunicación de las informaciones se prescinda de insultos o de

expresiones o frases inequívocamente injuriosas o vejatorias y, por tanto, innecesarias a este propósito. (STS 594/2022, de 6 de septiembre; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Se formuló demanda contra un periódico, por haber publicado un artículo en el que, a juicio del actor, se atentaba gravemente contra sus derechos al honor y a la intimidad. Se interesaba la condena a la publicación de la noticia de retracto, la eliminación en Internet de todos los registros y al pago de una indemnización de más de 400.000 euros. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad del actor a través de la noticia referida y condenando a la publicación del retracto, la eliminación en Internet de todos los registros y al pago de una indemnización de 5.000 euros. El actor impugnó la sentencia a través de un recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial y fijó la indemnización en 25.000 euros.

Los demandados y el demandante interpusieron recurso de casación. Los demandados alegaron: 1) la incorrecta ponderación entre el derecho al honor y la intimidad, y la libertad de información; 2) el carácter erróneo y arbitrario de la indemnización concedida; 3) la condena a publicar la noticia de retracto es desproporcionada y la condena a la eliminación de Internet de los enlaces es contraria al régimen de responsabilidad de la Ley 34/2002. El demandante, por su parte, alegó la infracción del artículo 9.3 LO 1/1982, por error en la cuantificación del daño moral y material.

El Tribunal Supremo entiende que la noticia no era veraz y que no había interés informativo. En cuanto a la indemnización, la fija en 13.000 euros, pues, a su entender, se produce una infracción del derecho al honor (la noticia le provocó al actor un desprestigio profesional no justificado), pero no del derecho a la intimidad. Por otro lado, según el Alto Tribunal, no concurre una causa que justifique una difusión total de la sentencia, por lo que es suficiente con la publicación del encabezamiento y del fallo. Finalmente, considera que la condena a la eliminación de los rastros de la noticia en Internet y de los enlaces no contradice la Ley 34/2002. En definitiva, el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el demandante y estima parcialmente el recurso de casación de los demandados.

NOTA.—En relación con el requisito de la veracidad de la información, *vid.* SSTS 31 de mayo de 2022 y 31 de enero de 2022. Respecto a los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de información, *vid.* SSTS de 7 de marzo de 2022, 13 de julio de 2017, 27 de enero de 2017 y 4 de octubre de 2016. Sobre la publicación de la sentencia conforme al artículo 9 LO 1/1982, *vid.* también las SSTS de 22 de mayo de 2015, y 9 y 10 de julio de 2014. (S. L. M.)

10. La potestad disciplinaria de una asociación.—Un socio no puede ser sancionado por un hecho que no esté previsto en los estatutos de la asociación como constitutivo de infracción. A estos efectos, el artículo 7.1.e) LO 1/2002, sobre el derecho de asociación, exige que los estatutos establezcan los requisitos y modalidades de sanción y separación de los asociados.

Ahora bien, esto no significa que dicha previsión estatutaria deba ser tan precisa y exhaustivo como se exige en el Derecho penal o en el Derecho administrativo sancionador. Las normas estatutarias que establezcan las infracciones susceptibles de sanción pueden ser más abiertas y generales, de modo que dejen un margen de apreciación suficiente a los órganos de la asociación. Este margen de apreciación más amplio en el ejercicio de la potestad disciplinaria entra dentro de la libertad de organización de la asociación, que también forma parte del derecho fundamental de asociación. Por tanto, no cabe alegar el principio de legalidad del artículo 25 CE, pues su ámbito de aplicación es el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, cuyas normas deben ser minuciosas y precisas a la hora de regular las infracciones y las sanciones.

El control judicial de la actividad disciplinaria de las asociaciones debe ser respetuoso con el derecho de autoorganización propio del derecho de asociación. Para ello, deben aplicarse los siguientes criterios. En primer lugar, la potestad de organización permite a las asociaciones regular en los estatutos las causas y procedimientos de la expulsión de socios. En segundo lugar, los estatutos pueden establecer como causa de expulsión una conducta que la propia asociación valore como lesiva a los intereses sociales. En tercer lugar, la actividad de las asociaciones no está exenta de control judicial, pero los tribunales deben respetar el derecho de autoorganización de las asociaciones. En cuarto lugar, las normas aplicables, en primer término, son los estatutos, siempre que no sean contrarios a la CE y a la ley. En quinto lugar, cuando los estatutos prevean una determinada causa de expulsión necesitada de una valoración por los órganos asociativos, el juez no puede entrar a valorar, con independencia del juicio que ya han realizado los órganos de la asociación, la conducta del socio, sino que únicamente podrá comprobar si existió una base razonable para que los órganos de las asociaciones tomaran la correspondiente decisión, es decir, si se han dado las circunstancias que puedan servir de base a la medida disciplinaria. En sexto lugar, forma parte del derecho de autorregulación el permitir al órgano superior de la asociación hacer una valoración de la conducta de un socio en un supuesto determinado, con las garantías que establezcan los estatutos. Y, en sexto lugar, estos criterios son aplicables a las asociaciones puramente privadas, no a las que, aun siendo privadas, ostenten una posición dominante en el campo económico, cultural, social o profesional, de manera que la pertenencia o exclusión de ella supusiese un perjuicio significativo para el particular afectado. (**STS 755/2022, de 3 de noviembre**; ha lugar.) [Ponente *Éxcmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.*]

HECHOS.—S era socio de un club de campistas, lo que le daba derecho al uso en exclusividad de una parcela del camping. Realizó unas obras en dicha parcela que provocaron daños en el fluido eléctrico del camping. Ante la negativa de S a repararlos, y tras varias reuniones de la junta directiva del club, se acordó la expulsión de S y la consecuente pérdida de su condición de socio. Se calificó su conducta como falta grave conforme al artículo 28.g) del Reglamento de régimen interno del club. S interpuso demanda en la que se solicitó que se declarara la nulidad del acuerdo de expulsión adoptado por el club y se le repusiera en sus derechos como socio. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y S interpuso un recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial. Ésta consideró que, conforme a los principios de legalidad y

tipicidad establecidos en el artículo 25 CE, las infracciones y sus correspondientes sanciones debían estar debidamente previstas en la normativa interna del club.

El club de campistas interpuso recurso de casación, alegando la infracción del artículo 22.1 CE, en relación con la LO 1/2002. Argumenta que la sentencia recurrida infringe el principio de autoorganización de las asociaciones porque en ningún caso el órgano judicial puede sustituir la voluntad de la persona jurídica. Descartada que la asociación recurrente sea una asociación que ostente una posición de dominio, de manera que la pertenencia o exclusión de ella supusiese un perjuicio significativo para el particular afectado, y que se trate de una asociación con una especial relevancia constitucional, respecto de la cual procede hacer un escrutinio más estricto de la actuación disciplinaria, cabe aplicar, según el Tribunal Supremo, la doctrina general respecto de la actuación disciplinaria de las asociaciones puramente privadas. A su juicio, dado que la medida disciplinaria se adoptó por el órgano competente de la asociación tras seguirse el procedimiento previsto en las normas estatutarias, en el que fue oído el socio expedientado y se le permitió defenderse, ha de concluirse que la sanción adoptada no careció de una base razonable. El Tribunal Supremo entiende que la fiscalización que hace la Audiencia de la actuación de los órganos sociales no es compatible con el derecho de autoorganización de la asociación. De ahí que acabe estimando el recurso de casación.

NOTA.—Existe una abundante jurisprudencia sobre asociaciones en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Supremo, sobre los siguientes puntos: 1) el efecto de una posición de dominio de una asociación en la decisión de permanencia o expulsión de un socio (SSTC 218/1988, de 22 de noviembre, y 482/1994, de 21 de marzo); 2) el estricto escrutinio de la actuación disciplinaria en el caso de asociaciones con especial relevancia constitucional (STC 226/2016, de 22 de diciembre); 3) la doctrina general sobre actuación disciplinaria de asociaciones puramente privadas (STC 218/1988, de 22 de noviembre); 4) la prohibición de aplicación analógica del artículo 25.1 CE a ámbitos que no sean los específicos de ilícitos penales o administrativos (SSTC 69/1983, de 26 de julio; 96/1988, de 26 de mayo; y 239/1988, de 14 de diciembre). (S. L. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

11. Contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Las comunidades de bienes como posibles consumidores.—La STJUE de 2 de abril de 2020 declaró que si bien el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, limita el concepto de *consumidor* a *toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*, los Estados miembros mantienen su libertad de regular el régimen jurídico de la comunidad de propietarios en sus ordenamientos jurídicos nacionales respectivos, calificándola o no como *persona jurídica*.

Además, con arreglo a los artículos 169.4 TFUE y 8 de la Directiva 93/13, pueden adoptarse medidas de protección de los consumidores más estrictas, siempre que sean compatibles con los tratados, de manera que cabe extender la aplicación de lo dispuesto en la citada Directiva a las personas jurídicas o a las físicas que no sean consumidores en el sentido de esta Directiva.

Por esta razón, la STJUE 201/2021, de 13 de abril, concluyó que las comunidades de propietarios son consumidoras cuando contratan bienes y servicios en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Ánimo de lucro y consumidor.—La persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque pueda tener un ánimo de lucro (por ejemplo, un inversor). Lo determinante es la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (SSTJUE de 3 de septiembre y 25 de octubre de 2015, y 10 de abril de 2008).

El ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, ya que, si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, fondos etc.). De realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme al artículo 1.1.º m (STS de Pleno 16/2017, de 16 de enero; y STS 356/2018, de 13 de junio). **(STS 712/2022, de 26 de octubre;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 8 de julio de 2008 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 200.000 €, entre una entidad bancaria, como prestamista, y cuatro personas físicas, como prestatarios. En la escritura de préstamo se hizo constar que los cuatro hipotecantes indicados, a su vez parte prestataria solidaria, son los únicos comuneros de una comunidad de bienes.

En el documento constitutivo de la citada Comunidad de Bienes constaba que su objeto era la explotación de actividades relacionadas con la compraventa, enajenación, permuta y cualquier género de operación mercantil de inmuebles.

La finalidad del préstamo era financiar la rehabilitación del inmueble hipotecado para destinarlo posteriormente a arrendamiento o venta.

La escritura de préstamo contenía una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés (*cláusula suelo/techo*).

Los prestatarios ejercitaron una acción individual de nulidad de esta *cláusula suelo/techo* y una acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación.

Quedó probado que la concreta operación de préstamo a que se refiere este litigio fue puntual y esporádica, dirigida a obtener el mayor rendimiento posible del inmueble común.

El juzgado y la audiencia apreciaron la demanda. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación formulado por la entidad demandada.

NOTA.—Tras la reforma del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, los párrafos primero y segundo del artículo 3.1 del texto refundido establecen que *a efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. (I. D.—L. S.)

12. Transparencia y no abusividad de la cláusula que establece la solidaridad de la fianza.—Lo determinante para la transparencia de esta cláusula es que el fiador sea consciente de que si el deudor principal no paga responderá en sus mismas condiciones y el acreedor podrá dirigirse contra él por la totalidad de la deuda pendiente. En este caso, la cláusula supera el control de transparencia pues: se encabeza con un epígrafe breve e inequívoco; la redacción de los términos de la fianza es clara; el convenio de fianza no es complejo; se trata de una cláusula única; y la intervención en el contrato de los fiadores se limita a suscribir el contrato de fianza. Por otra parte, la cláusula enjuiciada no es abusiva, pues no se aparta de la regulación de la fianza solidaria contenida en el Código civil.

Dos hipotecas y una fianza en garantía de un préstamo proporcionadas al riesgo asumido por el acreedor.—En el presente caso de un préstamo garantizado por una hipoteca constituida por la prestataria sobre la finca de su propiedad y otra hipoteca constituida sobre otra finca propiedad de los padres de la prestataria, con afianzamiento de estos, no hay datos que permitan concluir que, atendida la solvencia personal de la deudora, la manifiesta insuficiencia del valor de la finca hipotecada por la prestataria para cubrir la deuda, o la disminución del tipo de interés pactado correlativa a la mayor garantía que representa la existencia de una segunda hipoteca, exista una desproporción entre las garantías pactadas y el riesgo asumido por el acreedor contraria a las exigencias de la buena fe (artículo 88.1 TRLGDCU).

Cláusula de distribución de la responsabilidad hipotecaria que reproduce normas imperativas.—La cláusula de distribución de responsabilidad hipotecaria reproduce las normas imperativas contenidas en los artículos 119 y 120 LH, por lo que dicha cláusula no puede ser objeto del control de abusividad, según lo previsto en el artículo 1.2 de Directiva 93/13/CEE. En todo caso, se trata de un pacto que lejos de perjudicar, beneficia a los hipotecantes no deudores, pues, el efecto propio de la distribución de la responsabilidad hipotecaria es la exclusión de la solidaridad entre ambas hipotecas. (STS 685/2022, de 21 de octubre; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Zulima celebró con un Banco un contrato de préstamo hipotecario, destinado a financiar la adquisición de una vivienda. En la medida en que la cuantía del préstamo superaba el valor de tasación de la finca que pretendía adquirir, el banco requi-

rió una hipoteca sobre una finca de los padres de la prestataria y afianzamiento solidario.

La prestataria y los fiadores e hipotecantes no deudores presentaron una demanda en la que solicitaron la declaración de nulidad de los contratos de préstamo, hipotecas y afianzamiento personal, y la condena a la devolución de todas las prestaciones derivadas del contrato.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la hipoteca constituida como garantía adicional sobre la finca de los padres de la prestataria (fiadores) y de la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, así como la condición de solidaria de la fianza.

La demandada recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimó el recurso y desestimó íntegramente la demanda.

Los demandantes han interpuesto un recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.ª M. F.*)

13. Cláusulas abusivas: consecuencia de la nulidad de la cláusula sobre intereses de demora.—Declarada la nulidad de una cláusula abusiva que establece el interés de demora, según la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo y del TJUE (STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17), la consecuencia jurídica es su supresión, sin que pueda integrarse el contrato, aun con un interés no considerado como abusivo, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor. Si el prestatario incurre en mora, únicamente puede cobrarse el interés remuneratorio fijado en el contrato. (**STS 122/2023, de 31 de enero**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La entidad Caja Rural de Almendralejo concedió a Benigno un préstamo hipotecario, para financiar la compra de una vivienda, el 6 de noviembre de 2006. La cláusula sexta del contrato establecía un interés de demora del 18%. Ante los retrasos en el pago por parte de Benigno, la entidad Caja Rural de Almendralejo no aplicó este interés, sino el 9% hasta mayo de 2017 y, desde entonces, el 2,83 %. Benigno interpuso una demanda en la que solicitaba la nulidad de esta cláusula relativa a los intereses de demora, junto con otras cláusulas (las de vencimiento anticipado, comisión por reclamación de posiciones deudoras, gastos de la operación y suelo), la declaración de la obligación de la entidad Caja Rural de Almendralejo de asumir los gastos, aranceles e impuestos relativos a la constitución, inscripción, tramitación, subsanación, modificación y cancelación de la garantía hipotecaria y la condena de la demandada a restituir las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de las citadas cláusulas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la nulidad de la cláusula de intereses de demora y de las otras cláusulas solicitadas y la obligación de la entidad Caja Rural de Almendralejo de asumir los gastos, aranceles e impuestos relativos a la constitución, inscripción, tramitación, subsanación, modificación y

cancelación de la garantía hipotecaria. Además, condena a la entidad Caja Rural de Almendralejo a reintegrar las cantidades indebidamente cobradas respecto a los gastos y tributos, las cantidades abonadas en exceso por aplicación de las cláusulas de intereses de demora y la comisión de reclamación de impagados. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandada y deja sin efecto la condena relativa a la asunción por la entidad Caja Rural de Almendralejo de los pagos de impuestos devengados por el préstamo hipotecario y el pago de la matriz de la escritura, los tributos del préstamo y el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula de intereses de demora, con el argumento de que en los retrasos acontecidos desde 2016 se ha aplicado un interés de demora que no es considerado abusivo por la jurisprudencia y que se ajusta a la normativa vigente (el 9% hasta mayo de 2017 y, posteriormente, el 2,83%) y no el interés de demora pactado del 18%. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación que interpone el demandante, revoca en parte la sentencia de apelación y condena a la demandada a restituir al demandante los intereses de demora cobrados, con la advertencia de que es procedente el cobro del interés remuneratorio. (P. R. C.)

14. Cláusulas abusivas: imposición de las costas procesales.—Los principios de efectividad y no vinculación del Derecho de la Unión Europea exigen que no se obstaculice el derecho de los consumidores a un control judicial efectivo de la abusividad de las cláusulas contractuales que les afecten. Consecuentemente, si se estima la acción de nulidad por abusiva de una cláusula procede la condena en costas al profesional, pues de lo contrario se desincentivaría al consumidor a que ejercitara sus derechos. El hecho de haber sido desestimada la acción restitutoria por extemporánea no obsta a aquella conclusión. (STS 967/2022, de 21 de diciembre; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—En 2009, A suscribió con la entidad bancaria B un contrato de préstamo hipotecario. En él se incluyeron diversas cláusulas abusivas relativas al vencimiento anticipado, los intereses moratorios y la distribución de los gastos de formalización de la escritura. Transcurrido el tiempo, A decidió demandar a B pidiendo que se declarase la nulidad de aquellas cláusulas y la restitución de las cantidades pagadas indebidamente.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando abusivas todas las cláusulas afectadas, pero denegando la devolución o reajuste de las cantidades pagadas, y no condenó en costas al banco. Interpuesto recurso de apelación únicamente en cuanto a la condena en costas, la Audiencia Provincial lo desestimó, razonando que la desestimación parcial de la demanda impedía imponer las costas a la entidad B. Finalmente, A presenta recurso extraordinario de casación, cuyos argumentos son acogidos por el Tribunal Supremo. Se establece, de este modo, que la desestimación de las pretensiones restitutorias por hallarse prescritas no obsta a que se condene en costas al banco cuando se declare la nulidad por abusivas de las cláusulas denunciadas.

NOTA.—Sobre la imposición de costas en procesos de declaración de abusividad de cláusulas en contratos de consumo, véanse las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 (as. C-307/15 y C-308/15) y de 16 de julio de 2020 (as. C-224/19 y C-259/19), así como las SSTS 419/2017, de 4 de julio, 27/2021, de 15 de enero, y 31/2021, de 26 de enero. (C. C. S.)

15. Carácter usurario de contrato de crédito *revolving*: inexistencia. Interés normal del dinero de referencia: el del producto específico o, en su defecto, del semejante.—El interés normal del dinero que ha de utilizarse como referencia para calificar un tipo de interés como usurario, es el medio aplicable a la categoría del contrato cuestionado. Por ello, deberá usarse el tipo medio pactado por las entidades en las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving*, publicado por el Banco de España, y no el relativo a las operaciones de crédito al consumo en general, al tratarse de una categoría más amplia. Si no existen estadísticas específicas debe acudirse a otros productos más similares a los créditos *revolving*, como las tarjetas recargables o las de pago aplazado, y no al tipo medio de los créditos al consumo. (STS 643/2022, de 4 de octubre; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Se trataba de un contrato de tarjeta de crédito aplazado *revolving*, celebrado en 2001, con una TAE del 20,9%. En dicha fecha el Banco de España aún no publicaba estadísticas específicas de dichas operaciones, sino sobre la categoría general de los créditos al consumo, siendo la TAE pactada notablemente superior al tipo medio de estos últimos créditos. Sin embargo, existían estadísticas sobre productos similares a los contratos *revolving*, como las tarjetas recargables o las de pago aplazado, que publicaban un interés medio del 24,5%. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el prestatario.

NOTA.—Desde la STS 149/2020, de 4 marzo, el parámetro aplicable para determinar el interés normal del dinero de los créditos *revolving* no es el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo en general. La STS, de Pleno, 258/2023, de 15 de febrero, reiteró esta doctrina, y estableció claramente como criterio para juzgar la presencia de un interés pactado notablemente superior al del normal del dinero, que la diferencia entre ambos fuera superior a 6 puntos porcentuales. A tales efectos, como también reitera esta sentencia, ha de tomarse acudirse a la TAE, pues no solo incluye intereses remuneratorios, sino también comisiones y gastos, a diferencia del TERD (tipo efectivo de definición restringida). (F. S. N.)

16. Consecuencia del carácter usurario de intereses remuneratorios de contrato de tarjeta de crédito: nulidad de todo el contrato.—El carácter usurario del crédito conlleva las consecuencias previstas en el artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, o sea, el prestatario solo estará obligado a devolver la suma recibida (STS 625/2015, de 25 noviembre). Esta doctrina también es aplicable en aquellos casos en que la solicitud de nulidad

se haya limitado a la cláusula que contiene los intereses usurarios pues, de acuerdo con el precepto mencionado, el efecto legal de la apreciación de dicho carácter es la nulidad de todo el contrato, y no solo de la cláusula que los contiene. La solicitud de condena al pago de la cantidad que exceda del capital prestado como permite el mencionado artículo 3, es una pretensión que lleva implícita la declaración de su procedencia, que se apoya en la nulidad del crédito por usurario. Por ello, no resulta incongruente, si así se solicita, aplicar los efectos legales de la apreciación del carácter usurario de los intereses previstos en el renombrado precepto. **(STS 662/2022, de 13 de mayo; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En primera instancia, apreciado el carácter usurario de los intereses de un contrato de tarjeta de crédito, la entidad bancaria fue condenada a abonar a los actores la cantidad que estos habían pagado por encima del capital prestado, y que correspondía a intereses remuneratorios, pero también a comisiones, prima de seguro de protección de pagos y cuotas anuales de la tarjeta. La Audiencia restringe el pronunciamiento de condena a la devolución de los intereses, con fundamento en que los demandantes no habían solicitado la declaración de nulidad del contrato ni de las cláusulas que fijaban las comisiones, seguros y cuotas. El Tribunal Supremo estima el recurso.

NOTA.—Aunque sin consecuencias prácticas, entiendo que el artículo 1 de la Ley de Usura es el precepto que anuda la nulidad total del contrato a la apreciación del carácter usurario del interés pactado, y no el artículo 3, que es una norma que concreta las consecuencias de la nulidad ya declarada de acuerdo con el primer precepto. *(F. S. N.)*

17. El incumplimiento es esencial si priva sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho de acuerdo con el contrato.—El Tribunal Supremo considera que el adjudicatario se encuentra obligado por la oferta presentada en la licitación además de los pliegos de cláusulas administrativas como los de prescripciones técnicas, que forman parte de la *lex contractus* (STS 4429/2021, de 24 de marzo; 1392/2021, de 29 de noviembre). Sostiene que para que un incumplimiento pueda dar lugar a la resolución del contrato debe ser grave (STS 300/2009 de 19 de mayo), condición que se cumple si el incumplimiento recae sobre una obligación que fue determinante para que adjudicatario ganase la licitación. **(STS 824/2022, de 23 de noviembre; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Con fecha 30 de mayo de 2017, Prepay Technologies S. A. suscribió un contrato con la Empresa Municipal de Transportes Urbanos de Gijón S. A. (EMTUSA), en virtud de la adjudicación de un proceso de licitación pública. En el contrato, la adjudicataria se obligaba a la adquisición e instalación de programas y equipos terminales para construir la red comercializadora de distribución de los puntos de venta y recarga de las tarjetas de transporte en la ciudad de Gijón. El 10 de enero de 2018, el Consejo de Administración de EMTUSA adoptó el acuerdo de resolver el contrato e incautar el 50% del importe de la garantía entregada, confor-

me a la cláusula 16 del pliego de cláusulas administrativa, al acreditarse la habilitación de 122 puntos de venta, y no los 178 comprometidos en la oferta. La empresa adjudicataria interpuso demanda solicitando la declaración de que el acuerdo adoptado por el Consejo de Administración no se realizó conforme a derecho; debiendo dejar sin efecto tanto la resolución del contrato como la incautación de parte de la garantía, debido a que la menor cantidad de puntos de venta no constituye un incumplimiento de su parte, y, de ser considerado de esa manera, no tendría la característica de esencial.

En la sentencia de Primera Instancia se desestima íntegramente la demanda al considerar, en primer lugar, que la menor habilitación de puntos de venta sí constituye un incumplimiento del contrato debido que dicha cantidad se encuentra individualizada en la oferta presentada en la licitación, que se integra al contrato celebrado. En segundo lugar, estima que el incumplimiento es grave al considerar que conlleva a la frustración del fin práctico del contrato. La Audiencia Provisional de Gijón desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, al considerar que el incumplimiento del demandante tiene fuerza resolutoria al poder ser caracterizado de esencial. (*N. M. S.*)

18. Contrato de asesoramiento financiero: responsabilidad.—La jurisprudencia considera que en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del artículo 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esos vínculos jurídicos de asesoramiento, siempre que se cause un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de la inversión y exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño sufrido. Esta doctrina se aplica no sólo a los casos en que el producto adquirido conlleva una inversión (como las participaciones preferentes o los bonos estructurados), sino también cuando se contrata un *swap*, en el que propiamente no cabe hablar de una inversión.

Relación de causalidad.—Es necesario que concurra una relación de causalidad entre el negligente incumplimiento de la entidad financiera de sus obligaciones dimanantes del deber legal de informar y el resultado dañoso producido. Esta relación causal es concurrente con los argumentos siguientes: la falta de información sobre los riesgos supuso que se contratara un producto del que se desconocía que le podía acarrear graves pérdidas económicas, derivadas de las liquidaciones negativas producto de la bajada continuada de los intereses. Por lo que la relación causal entre la decisión de invertir sin tener la información precisa sobre los riesgos adquiridos y la materialización de tales riesgos en forma de disminuciones patrimoniales por cargos por liquidaciones negativas es directa. Para romper dicha relación de causalidad, la parte demandada, obligada legalmente a la prestación de la información con antelación suficiente (artículo 79 bis), tendría que haber probado que, pese a no haber ofrecido esa información, el cliente conocía los riesgos del producto.

Deber legal de información al cliente.—Existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios, cuyo incumplimiento por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.

Renuncia.—La renuncia supone una declaración de voluntad, recepticia o no, según los casos y supuestos en que se produzca, dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica, que, como manifestación de voluntad llevada a cabo por el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condición alguna, con expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos, por lo que no puede inducirse de actos más o menos equívocos y debe interpretarse restrictivamente.

Ejercicio de la acción de daños: prescripción.—Para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios no es óbice que la relación jurídica estuviera concluida o consumada, puesto que lo relevante es que no estuviera prescrita. Y tratándose de una acción personal, el plazo de prescripción es el del artículo 1964 CC, que no había transcurrido cuando se interpuso la demanda. (STS 648/2022, de 6 de octubre; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.— La representación procesal de M. SL interpuso demanda contra la entidad financiera B. B. SA, solicitando se declare la nulidad radical o de pleno derecho del contrato de permuta financiera de tipos de interés, suscrito por la entidad actora por incumplimiento por parte de la entidad demandada de las normas imperativas reguladoras de la información y documentación a facilitar al perfeccionarse contratos incluidos en la Ley de Mercado de Valores y como consecuencia de la nulidad de dichos contratos, se condene a B. B. SA a restituir al demandante cierta cantidad de dinero correspondientes al importe del coste de cancelación del contrato objeto de autos abonado por la demandante, a la que habrán de añadirse los intereses legales devengados desde cada uno de los pagos y, subsidiariamente se declare nulo o se anule el contrato de permuta financiera de tipos de interés acordado por padecer error esencial y determinante y sufrir dolo con los gastos de cancelación. Todo ello con expresa condena en costas a la demandada. La parte demandada se opuso a la demanda solicitando su desestimación. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda interpuesta por M. SL contra B. B. SA declarando el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones legales de información a su cliente y condenándola a abonar la cantidad reclamada por los daños y perjuicios ocasionados, más intereses legales desde la fecha de la presentación de la demanda, con imposición de todas las costas causadas a la actora a la demandada vencida, puesto que partir de la doctrina fijada por el TJUE en la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S. L.

(C-604/2011), que, pese a haber asumido labores de asesoramiento al recomendar al representante de M. SL la contratación del swap, la demandada había desatendido el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa vigente (básicamente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993) al no ofrecer a su cliente información veraz y suficiente sobre las condiciones y los riesgos de un producto que era complejo en su formulación y estaba sometido a un alto grado de especulación y de aleatoriedad; debiendo concluirse, a la luz de la prueba practicada, que el representante de M. SL lo único que supo del producto que contrataba es que tenía por finalidad «evitar el riesgo por si suben los intereses», que era «una cosa especial» y que «le interesaba», sin que nadie llegara a hablarle de «posibles consecuencias adversas». Recurrida en apelación por la representación procesal de la entidad B. B. SA, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia estimó el recurso de apelación, revocando la resolución de instancia y rechazando la demanda formulada por M. SL, al considerar que la indemnización concedida tiene como base un hipotético incumplimiento del contrato al amparo del artículo 1101 CC, y no ante una responsabilidad extracontractual del 1902 CC o ante una inexistente acción de resolución contractual del artículo 1124 del mismo texto legal, y, en consecuencia, el plazo para ejercitar la acción sería el general del artículo 1964 CC, con lo que la acción examinada en esta alzada no estaría prescrita, sin embargo, estima que no procede conceder indemnización por incumplimiento contractual cuando ese pretendido incumplimiento viene referido a una actividad (incorrecto asesoramiento) realizada por el banco en fase precontractual, que no ha podido ser examinada por la tardanza de la actora en plantear su reclamación ante el banco, lo que ha dado lugar a la aplicación del instituto de la caducidad de la acción, por lo que resulta irrelevante en estas circunstancias entrar a valorar las alegaciones del Banco sobre el reconocimiento por M. SL en el contrato de préstamo de que quedaban totalmente finiquitadas y saldadas sus pretensiones frente al banco por la firma del contrato. Por ello se imponen las costas de la instancia a la parte actora, sin hacer pronunciamiento de las costas de la alzada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

19. Dies a quo de las acciones de revocación de donaciones.—Ante el silencio de los artículos 647 y 648 CC, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el cómputo del plazo inicial en las acciones de revocación de donaciones. Por un lado establece, respecto a la revocación por incumplimiento del modo, que si este consiste en una actividad continuada debe entenderse que el plazo se renueva mientras dure el incumplimiento. Por otro lado, respecto a la revocación por ingratitud, afirma que si la causa invocada no requiere sentencia condenatoria debe atenderse a cuándo se tuvo conocimiento del hecho ingrato, momento que en el caso del maltrato psicológico se prolonga mientras duren las conductas constitutivas de dicho maltrato.

Extensión de la obligación modal e imputación de su incumplimiento.—El deber de prestación de alimentos, por mucho que se imponga en el más

amplio sentido, no alcanza a los sentimientos de soledad del alimentista. Además, en cualquier caso se requiere que el incumplimiento sea imputable al alimentante y no a terceras personas, como puede ser el propio alimentista o el cónyuge del alimentante. (STS 44/2023, de 18 de enero; ha lugar en parte.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En 1994, A recibe la nuda propiedad de diversos inmuebles por donación de sus padres, con la carga de tenerlos en su compañía, cuidarles y prestarles alimentos «en el más amplio sentido» el resto de su vida. Tras el fallecimiento de su padre, A contrae matrimonio y empiezan los desencuentros entre su esposa y su madre, B. Ante esta situación, en 2013, B exige a su hijo que abandone el caserío familiar, primero de forma extrajudicial y luego a través de un proceso de desahucio que se desestima. También se presentan denuncias cruzadas por supuestas coacciones, que terminan archivándose. En 2016, B y los demás hijos del matrimonio acuden a Notario para formalizar la revocación de la donación, alegando el incumplimiento del modo y la ingratitud de A por maltrato psicológico, quien niega las causas y se opone a la revocación. Finalmente, en 2017, B interpone demanda contra su hijo pidiendo que se revoque la donación y se le restituyan los bienes.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda por considerar incumplido el modo. No obstante, el recurso de apelación de A es estimado por la Audiencia Provincial, que considera prescrita la acción, además de negar, a modo de *obiter dicta*, que concurra ingratitud o incumplimiento de la carga modal. B recurre en casación, discutiendo que la acción estuviera prescrita y argumentando que los hechos constituyen incumplimiento del modo y causa de ingratitud. El Tribunal Supremo estima el recurso en cuanto a la extemporaneidad de la acción, pero niega que A haya incumplido sus obligaciones, pues no consta que B se haya encontrado en ningún momento en situación de necesidad. Del mismo modo, también desestima que concurra causa de ingratitud, pues las conductas probadas no constituyen el maltrato psicológico alegado. Por tanto, rechaza las pretensiones de revocación de la donación y restitución de los inmuebles.

NOTA.—La sentencia extractada no se pronuncia sobre la naturaleza del plazo en la acción de revocación de donaciones por ingratitud, como también ha evitado hacerlo en las SSTS 126/2003, de 19 de febrero, y 449/2007, de 25 de abril.

Tampoco se pronuncia esta sentencia sobre la extensión del plazo en la revocación de donaciones por incumplimiento de la carga modal, aunque sí repasa sus pronunciamientos previos al respecto que, a modo de *obiter dicta*, se han decantado unas veces por aplicar analógicamente el plazo de un año del artículo 652 CC (STS de 11 de marzo de 1988, ECLI: ES: TS:1988:16727), mientras que en otras ocasiones se ha acudido al plazo de cuatro años propio de las acciones de rescisión (SSTS 1104/2004, de 23 de noviembre, y 900/2007, de 20 de julio). En lo que sí ha sido constante la jurisprudencia es en exigir que el incumplimiento sea imputable al donatario: SSTS 12 de noviembre de 1990 ECLI: ES: TS:1990:10733 y de 31 de enero de 1995 ECLI: ES: TS:1995:10373). (C. C. S.)

20. Contrato de arrendamiento. Incumplimiento por desistimiento unilateral injustificado. Cuantificación del lucro cesante.—El Tribunal Supremo señala que debe ser considerada la dificultad de poder encontrar una operación comercial de reemplazo para la cuantificación del lucro cesante ocasionado por el incumplimiento de una de las partes, no pudiendo aplicar por analogía el artículo 11 LAU a arrendamientos diferentes al descrito en la norma. (**STS 925/2022, de 19 de diciembre**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Dianium S. L. y Burger King S. L. suscribieron un contrato de arrendamiento sobre un solar para que la arrendataria construyera un edificio comercial. Con todo, el arrendador demanda el incumplimiento contractual de su contraparte, al no dar cumplimiento a una condición pactada en el contrato. Solicita que se declare que se produjo un desistimiento unilateral injustificado del contrato; que se condene a cumplir con sus obligaciones y a indemnizar los daños ocasionados; y, en subsidio, que se declare la resolución del arriendo y se condene a indemnizar el lucro cesante ocasionado. El demandado solicita la desestimación íntegra de la demanda y demanda reconventionalmente para que se devuelva la fianza.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda principal, declarando resuelto el contrato, y condena al pago de los perjuicios que ocasionó el desistimiento unilateral e injustificado del demandado, que consisten en las rentas dejadas de recibir durante los 5 años de duración del contrato, como también el importe de la valoración de la construcción que iba a recibir una vez cumplido el contrato. Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada, la Audiencia Provincial de Murcia lo estima parcialmente, reduciendo el monto que se debe indemnizar, justificado en la aplicación del artículo 11 LAU. La parte demandante interpone recurso de casación, el que es estimado por el Tribunal Supremo, confirmando lo resuelto por el Tribunal de Primera Instancia. (*N. M. S.*)

21. Arrendamiento de vivienda. Desahucio por expiración del plazo de duración del arriendo: Denegación de prórroga extraordinaria por que el arrendatario demandado manifestó extemporáneamente su voluntad de prorrogar el contrato.—Al no exteriorizar el arrendatario, antes de que el contrato hubiera vencido, su voluntad de acogerse al RD Ley 11/2020, de 31 de marzo (que entró en vigor el 2 de abril de 2020), sino que lo hizo dos meses después de la finalización del arrendamiento, sin ninguna razón que lo justificase, y al haber comunicado el arrendador su intención de no prorrogar el contrato, el arrendamiento quedó extinguido, pues tal prórroga no opera por ministerio de ley, sino que se encuentra sometida a la previa solicitud del arrendatario. Dicha solicitud debió llevarse a efecto, antes de que el contrato de arrendamiento se hubiera extinguido, puesto que, en otro caso, no nos hallaríamos ante una prórroga de un contrato, sino ante la rehabilitación de un contrato extinguido, supuesto no contemplado en el citado RD Ley. (**STS 639/2022, de 4 octubre**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora, propietaria de una casa-habitación de 114 m², y el demandado, celebraron un contrato de arrendamiento del citado inmueble, formalizado en documento privado de fecha 21 de abril de 2016, en el que se pactó una duración del contrato de un año y una renta de 800 euros mensuales. Transcurridos los tres años del contrato, y hallándose este en prórroga, la demandante remitió un burofax en el que comunicaba al demandado carecer de interés para prorrogar el vínculo contractual un año más, poco después interpuso demanda contra el arrendatario en la que solicitaba la extinción del contrato por expiración del plazo contractual.

El arrendatario se opuso a la demanda, alegando la existencia de un acuerdo verbal entre las partes litigantes para que pudiese seguir en la ocupación de la vivienda; asimismo, aportó carta remitida, por burofax, en la que comunicaba a la actora que se acogía a la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual (de 6 meses más), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del RD Ley 11/2020, de 31 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, reformado por la disposición final novena del RD Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda*, toda vez que la finalización del contrato de arrendamiento tuvo lugar con posterioridad al 2 de abril de 2020 (entrada en vigor RD Ley 11/2020, de 31 de marzo).

En la vista el demandado añadió que dicha normativa fue ampliada por el RD Ley 30/2020, de 29 de septiembre, cuya DF 4.^a, y en lo referente al precitado artículo 2, amplía el plazo para solicitar la prórroga hasta el 31 de enero de 2021.

El juzgado estimó la demanda. La audiencia desestimó el recurso de apelación del demandado, y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por este último. (*I. D.—L. S.*)

22. Contrato de seguro de vida: fecha del siniestro en el seguro de invalidez o incapacidad permanente a efectos de la responsabilidad de la póliza.—Según la Sala Primera del Tribunal Supremo, la fecha del siniestro a efectos del pago de la indemnización establecida en la póliza de un contrato que asegura el riesgo de incapacidad permanente para contingencias comunes es, en coordinación con la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (STS de 14 de abril de 2010), como regla general, salvo que exista una regulación específica o un pacto expreso entre las partes, la fecha de dictamen del EVI o de la UVAMI pero, como excepción, esta fecha puede retrotraerse al momento en el cual las secuelas de la enfermedad se revelan como permanentes e irreversibles. Ahora bien, si existe un pacto entre las partes que determina la fecha del siniestro, este debe cumplir los requisitos que exige el artículo 3 LCS (que la cláusula aparezca resaltada y que haya sido aceptada expresamente por el asegurado) para que pueda ser oponible. (**STS 129/2023, de 31 de enero**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Amador tuvo concertado un seguro de vida, vinculado a un préstamo hipotecario, entre el 25 de febrero de 2009 y el 25 de octubre de 2014, con la compañía Caja Granada Vida compañía de seguros y reaseguros S. A., entre cuyos riesgos asegurados se encontraba el de incapacidad permanente absoluta en los siguientes términos: «En virtud de esta cobertura, la Entidad aseguradora garantiza el anticipo del cobro de la prestación asegurada por el riesgo principal del fallecimiento, en el caso de que el Asegurado resulte afectado por una invalidez absoluta y permanente para todo trabajo de forma irreversible, que le dé derecho al cobro de una pensión a cargo del erario público o entidad de previsión alternativa. [...] 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». En la póliza se designaba como primer beneficiario a la entidad Caja de Ahorros de Granada, con la que Amador celebró el contrato de préstamo hipotecario, y como segundo al propio asegurado. El 25 de agosto de 2014 se declaró la incapacidad laboral temporal de Amador, a consecuencia de una enfermedad común que, el 4 de septiembre de 2014, se diagnosticó como una leucemia aguda linfoblástica Pro-T., considerándose en todos los partes que se fueron sucediendo como permanente e irreversible. El 16 de marzo de 2016 por resolución del INSS, cuando el contrato ya no estaba en vigor, D. Amador fue declarado en situación de incapacidad permanente por enfermedad común basada en el Dictamen-Propuesta del EVI como leucemia aguda linfoblástica Pro-T. D. Amador presentó una demanda contra la compañía Caja Granada Vida compañía de seguros y reaseguros S. A., en la que solicitó que se condenara a dicha compañía al pago de 41.158,24 €, más el interés del artículo 20 LCS, como indemnización prevista en la póliza para el caso de incapacidad permanente absoluta.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a la demandada a indemnizar al demandante, si bien con los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, ya que considera que la fecha del siniestro era la de la baja laboral y no la fecha de resolución del INSS, como preveía la cláusula contractual, pues de ser así los plazos de la póliza contratada dependerían de la rapidez en la tramitación del organismo público. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, al considerar que la enfermedad de Amador se manifestó durante la vigencia del contrato de seguro. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la compañía Caja Granada Vida compañía de seguros y reaseguros S. A. en el único sentido de complementar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, indicando que la compañía Caja Granada Vida compañía de seguros y reaseguros S. A. deberá entregar en primer lugar a la entidad beneficiaria Caja de Ahorros de Granada el saldo pendiente de amortización del préstamo vinculado al seguro, y el remanente a

Amador, ya que si se toma como fecha del siniestro la del Dictamen del EVI (24 de febrero de 2016), el siniestro se hubiera producido fuera del periodo de vigencia de la póliza en atención a la regla general, pero la enfermedad se valoró como permanente e irreversible cuando todavía la póliza estaba en vigor, por lo que el caso se puede enmarcar en la excepción que permite considerar como fecha del siniestro la del diagnóstico de la enfermedad. Además, la cláusula contractual que fijaba la fecha del siniestro en la resolución del organismo público es inoponible al asegurado por no reunir los requisitos del artículo 3 LCS (no aparece resaltada en la póliza ni consta aceptada expresamente). (P. R. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

23. La idoneidad del juicio de precario para obtener el lanzamiento del ocupante del inmueble por quien no intervino en el procedimiento hipotecario.—No cabe negar a quien es dueño, usufructuario o persona con derecho a poseer la finca, la posibilidad de instar su recuperación posesoria mediante el juicio de precario (artículo 250.1. 2.º LEC). Ahora bien, cuando dicha pretensión sea ejercitada por el acreedor ejecutante o por cualquier otra persona física o jurídica adjudicataria de la vivienda en el juicio de ejecución hipotecaria, estos deberán interesar el lanzamiento del deudor en el propio procedimiento. En el presente caso, sin embargo, no cabe negarle al demandante la posibilidad legal de acudir al procedimiento de desahucio por precario. En efecto, la acción es ejercitada por un tercero, que es ajeno al procedimiento de ejecución hipotecaria, sin que conste actuación alguna de connivencia con la adjudicataria de la vivienda litigiosa para perjudicar los derechos del demandado. Además, en el procedimiento de desahucio por precario el demandado podrá hacer valer su título a permanecer en la posesión de la cosa, mediante la aportación del auto de suspensión del lanzamiento o contrato de arrendamiento obtenidos al amparo de la Ley 1/2013. Con todo, no consta petición alguna del demandado de beneficiarse del régimen tuitivo de la Ley 1/2013 ni tampoco el demandado ha aportado prueba alguna acreditativa de hallarse en una situación de especial vulnerabilidad. En conclusión, el demandado perdió su título de dominio sobre la vivienda litigiosa, tras su venta forzosa en el procedimiento de ejecución hipotecaria en el que fue parte, por lo que ostenta la condición jurídica de precarista, que le legitima pasivamente para sufrir la carga de este proceso. (STS 771/2022, de 10 de noviembre; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La SAREB interpuso una demanda de juicio verbal de desahucio por precario contra los ocupantes de una finca de su propiedad.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, sentencia que fue recurrida en apelación por la parte demandada.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el demandado interpone un recurso de casación, el cual es desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.ª M. F.*)

24. Propiedad horizontal. Adopción de acuerdo sin respetar los límites estatutarios. Legitimación de los comuneros para su impugnación.—Sostiene el Tribunal Supremo que el voto de los presidentes en la junta de presidentes de subcomunidades, donde cada uno actúa representando el interés mayoritario de la subcomunidad a la que pertenece, no compromete a los comuneros, pues no pueden quedar vinculados por un acuerdo adoptado sin atender a los límites estatutarios (arts. 18.1 y 2 LPH). Los comuneros están facultados para impugnar lo acordado en dicha junta (sobre la alteración de la cuota o coeficiente de participación fijada en el título constitutivo), y no quedan vinculados, tal como venía establecido en los estatutos de la comunidad, por el acuerdo adoptado por los presidentes, sin debate y votación previa en la respectiva subcomunidad, cuando se trate de un tema, como sucede en el presente caso, que requiera unanimidad. (en el mismo sentido, SSTS 184/2013, de 7 de marzo, y 791/2022, de 18 de noviembre, entre otras). (**STS 105/2023, de 26 de enero**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—T y V, propietarios de las viviendas, garajes y sótanos indicados en la demanda, en la localidad de Madrid, interpusieron demanda frete a la Comunidad de Propietarios. Solicitaban que se declare la nulidad, ineficacia e improcedencia de los acuerdos adoptados en la junta general de la comunidad de propietarios demandada, celebrada el 27 de abril de 2016. En concreto, de sus acuerdos segundo y cuarto (consistentes en la aprobación de las cuentas del ejercicio de 2015 y del presupuesto de ingresos y gastos de 2016 con fijación de cuotas) por ser contrarios al título constitutivo de la comunidad. Subsidiariamente solicitan que se anulen por ser perjudiciales para los demandantes, condenando a la demandada a rectificar la liquidación de los gastos del ejercicio 2015, mediante la elaboración de nuevas cuentas en las que se apliquen adecuadamente los criterios establecidos en sus estatutos, y condenando a reintegrar a los actores las cantidades que indebidamente hayan satisfecho.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Entiende el Juzgado que aunque los acuerdos impugnados son anulables, en cuanto se fundamentan en la alteración de la cuota o coeficiente de participación fijada en el título constitutivo, estima que solo están legitimados para impugnarlos, conforme al artículo 18.2 LPH, los propietarios que hayan salvado su voto, cosa que no sucede en el caso enjuiciado (T se abstuvo -no se opuso- y V no tuvo ninguna intervención directa en la toma de acuerdos).

Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, lo estima parcialmente la Audiencia Provincial de Madrid. Declara nulo el acuerdo aprobado en la junta celebrada el día 27 de abril de 2016 identificado con el ordinal 4.º como «presupuesto de gastos ordinarios 2016. Fijación de cuotas», desestimando el resto de las pretensiones de la demanda.

El Tribunal Supremo desestima los recursos (casación e infracción procesal) interpuestos por la por la comunidad de propietarios recurrente, confirmando íntegramente la sentencia recurrida. (M. Z. Z.)

25. Propiedad Horizontal. Obras en zonas comunes por comunero sin autorización. Improcedencia del juicio sumario de protección posesoria.—Al tratarse de una obra arquitectónica de envergadura frente a la que reaccionó tardíamente la comunidad, debe acudir al juicio ordinario de propiedad horizontal del artículo 249.1.8.ª LEC, donde cabrá discutir el mejor derecho a la posesión, así como la legalidad de unas obras ya concluidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico sustantivo o material. (STS 16/2023, de 16 de enero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El propietario de un local situado en el semisótano de una finca dividida en propiedad horizontal realizó unas obras no autorizadas por las que había demolido el parterre frontal y el aljibe comunitario que se ubicaba debajo para extender la rampa común hasta la cota del semisótano, además de ampliar los ventanales hasta el suelo, pese a que con anterioridad llegaran hasta la cota del parterre. Frente a ello, la comunidad de propietarios ejerció una acción de tutela sumaria de la posesión (artículo 250.1.4.ª LEC), solicitando que se condenara a la entidad a reponer a la actora en la posesión original del parterre y aljibe, así como la fachada del edificio, debiendo realizar las obras pertinentes para la reposición de las zonas comunes a su estado original.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, ya que la comunidad no probó estar en posesión del aljibe ni el parterre; y porque la alteración de la fachada no entraba dentro de la tutela sumaria. Esta sentencia fue revocada por la de apelación, que reconoció la vulneración de la posesión de todos los elementos.

Por su parte, el Tribunal Supremo, estimó el recurso extraordinario por infracción procesal de la demandada, concluyendo que la comunidad debía acudir al juicio ordinario de propiedad horizontal (artículo 249.1.8.ª LEC), en su condición de proceso plenario, en el que las partes pueden dirimir, sin las limitaciones impuestas por los juicios posesorios, el mejor derecho sobre los trabajos realizados. Para ello, tuvo en consideración que, en este caso, las obras realizadas por la entidad demandada no son de rápida e inmediata ejecución, ni se limitó a la simple ocupación material de un bien común, sino que son trabajos arquitectónicos de envergadura, comprendiendo obras de demolición y edificación, que se prolongaron en el tiempo y que se ejecutaron a la vista de la actora, que reaccionó tardíamente contra ellas. Esta promoción de un juicio sumario de protección posesoria comporta, además, una merma del derecho de defensa de la entidad demandada con respecto al juicio ordinario plenario de propiedad horizontal, en tanto en cuanto el promovido se limita al enjuiciamiento del hecho posesorio y del despojo o perturbación causados, determinando la estimación de la demanda, de cognición limitada, la reposición posesoria con demolición de lo

construido; mientras que, en el segundo, cabe discutir el mejor derecho a la posesión, así como la legalidad de unas obras, ya concluidas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico sustantivo o material. (A. A. O.)

26. Infracción indirecta de los derechos de propiedad intelectual.—El artículo 138. II LPI regula la denominada «infracción indirecta», que permite extender la responsabilidad por la infracción de derechos de propiedad intelectual no sólo a quien realiza directamente los actos infractores, sino también a: 1) quien induzca a sabiendas la conducta infractora; 2) quien coopere con esta conducta infractora, siempre que la conozca o contara con indicios razonables para conocerla; 3) quien tenga un interés económico directo en el resultado de la infracción y capacidad de control. (STS 714/2022, de 26 de octubre; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La demandante es cesionaria de los derechos audiovisuales de retransmisión de partidos de fútbol por televisión. Los demandados son, por un lado, JC, titular de una sociedad, de la que era socio único y administrador, que explotaba un sitio web que proporcionaba enlaces que permitían el acceso y la visualización de partidos cuyos derechos correspondían a la actora, y, por otro lado, la propia sociedad. Los enlaces no eran subidos por los usuarios del sitio web, sino por la empresa. Se alega la infracción de los derechos de propiedad intelectual y se solicita: a) la declaración de la infracción; b) la condena al cese de la conducta infractora; c) la prohibición de reanudarla; d) la condena al pago de una indemnización por los daños y perjuicios; e) la publicación de la sentencia; f) la suspensión de la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación en relación con la web del actor. El Juez de lo Mercantil estimó la demanda, entendiendo que la actuación de la sociedad constituía un acto de comunicación pública que infringía los derechos que tenía la actora sobre las grabaciones audiovisuales de los partidos de fútbol. Explicó que la condena a JC se fundamentaba en su participación y colaboración imprescindible en los hechos ilícitos, al ser titular registral de la sociedad.

Los demandados interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial desestimó el interpuesto por la sociedad, confirmando la infracción. En cambio, estimó el recurso de JC, absolviéndole de las acciones ejercitadas contra él. Según la Audiencia, el solicitar y registrar la marca y el nombre de dominio empleados por la web mediante la cual la sociedad demandada realizó las conductas infractoras, no supone la comisión de esa infracción, ni tampoco una cooperación necesaria a la misma.

La sentencia de la Audiencia es recurrida por la sociedad demandada y por la demandante. El Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones: a) el acto del infractor indirecto no tiene por qué constituir por sí mismo una infracción; b) tampoco la cooperación debe ser necesaria o imprescindible para declarar la responsabilidad del infractor indirecto. Señala el Tribunal Supremo

que la Audiencia se centró únicamente en la modalidad de cooperación necesaria y no tuvo en cuenta las otras dos modalidades de infracción indirecta (la inducción y el aprovechamiento económico), ni el resto del comportamiento desarrollado por JC. En definitiva, entiende que la conducta de JC también debe entenderse dentro del ámbito de aplicación del artículo 138 LPI. De ahí que estimara el recurso de la actora y desestimara el de la demandada.

NOTA.— Sobre infracción indirecta y la aplicación del artículo 138. II LPI, *vid.* también la STS 27 de junio de 2019. (S. L. M.)

27. Propiedad Industrial. Marcas. Acción reivindicatoria. La sentencia estimatoria de una acción reivindicatoria no tiene efectos retroactivos. Carácter constitutivo de la inscripción.—Aunque en la ley reciba esta denominación de acción reivindicatoria, su configuración jurídica no responde a la acción reivindicatoria de la propiedad del artículo 348 CC. Se trata de una reivindicatoria impropia o *sui generis*. Quien acciona, no es titular de un dominio sobre una marca registrada, sino que ostenta un mejor derecho sobre quien registró la marca con mala fe o fraude, lo que le legitima para solicitar y obtener su subrogación en la titularidad registral. Pero los derechos propios del titular de una marca los tiene a partir de la subrogación efectiva mediante la inscripción de la sentencia estimatoria de la reivindicatoria, en atención al carácter constitutivo de la inscripción. (STS 992/2022, de 22 de diciembre; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Inoxcrom, empresa familiar, fue declarada en concurso voluntario de acreedores en el año 2009, en el curso del cual se acordó la venta de la unidad productiva, que comprendía también todos los derechos de propiedad industrial y de marca de dicha entidad. En consecuencia, en septiembre de 2012 la unidad productiva de Inoxcrom se transmitió a Blond Europe, ahora Inoxcrom Internacional, S. L. En paralelo, la administradora de la empresa concursada transmitió a su hijo en julio de 2012 una marca gráfica, que había caducado en 2003, pese a que la siguieran usando en los catálogos de distintos años, incluido 2012. Inmediatamente después, el hijo, solicitó un nuevo registro de marca gráfica que le fue concedida. Tras ello, el hijo concedió una licencia exclusiva de uso de la marca a Inoxgrup en enero de 2013.

En estas circunstancias, en un pleito previo, Inoxcrom Internacional ejerció una acción reivindicatoria sobre esta marca, que fue estimada en primera y segunda instancia —que devino firme en septiembre 2016—, en las que se acordaba la extinción de todos los contratos y licencias que se hubiera podido otorgar sobre la referida marca.

En noviembre de 2016, Inoxcrom Internacional presentó una nueva demanda contra Inoxgrup por infracción de sus derechos sobre la marca, en la que pedía también la cesación y la indemnización de daños y perjuicios. La sentencia de instancia desestimó la acción de infracción por entender que la sentencia que había estimado la acción reivindicatoria, por la que Inoxcrom Internacional adquirió la titularidad de la marca, carecía de efectos retroactivos, lo que impedía estimar una acción de infracción sobre los actos

anteriores a dicha sentencia. Se desestimó también la acción de cesación al entender que ya no se producían actos de infracción, lo que llevaba también a desestimar la acción indemnizatoria. La sentencia de apelación ratificó la sentencia de instancia, frente a lo cual recurrió Inoxcrom Internacional ante el Tribunal Supremo.

Con todo, el Alto Tribunal desestimó el primer motivo del recurso de casación al coincidir con las instancias previas respecto a los efectos *ex nunc* de la sentencia estimatoria de la acción reivindicatoria. Así pues, razonó que «aunque en la ley reciba esta denominación de acción reivindicatoria, su configuración jurídica no responde a la acción reivindicatoria de la propiedad del artículo 348 CC. Se trata, como afirma la doctrina, de una reivindicatoria impropia o *sui generis*. Quien acciona no lo hace sobre la base de una titularidad dominical para, sobre la base del reconocimiento de su derecho de propiedad, recuperar los derechos propios del dominio, entre ellos la posesión. En este caso, quien acciona, cuando lo hace, no es titular de un dominio sobre una marca registrada, sino que ostenta un mejor derecho sobre quien registró la marca con mala fe o fraude, lo que le legitima para solicitar y obtener su subrogación en la titularidad registral. Pero los derechos propios del titular de una marca los tiene a partir de la subrogación efectiva mediante la inscripción de la sentencia estimatoria de la reivindicatoria, en atención al carácter constitutivo de la inscripción». Por consiguiente, el Tribunal Supremo concluyó que, propiamente, el nuevo titular registral carece de acciones de violación de la marca respecto de un uso anterior a la inscripción de su titularidad en el Registro. (A. A. O.)

DERECHO DE FAMILIA

28. Carácter ganancial de la indemnización por despido cobrada por uno de los cónyuges.—Se debe distinguir entre el derecho al trabajo y el beneficio que se va a obtener con el ejercicio de este derecho. El primero permite obtener un empleo en el mercado laboral y constituye el título en cuya virtud el cónyuge trabajador accede al mercado de trabajo. De tal modo, tiene carácter privativo, por tratarse de un «derecho inherente a la persona», incluido en el artículo 1346.5.º CC. Por el contrario, el beneficio del ejercicio del derecho al trabajo es un bien ganancial, incluido en el artículo 1347.1.º CC.

El derecho al trabajo es de carácter privativo por ser inherente a la persona. Pero una indemnización por despido no sustituye la pérdida de este derecho, dado que el derecho en sí permanece incólume, ya que el trabajador despedido sigue en el mercado de trabajo y puede contratar su fuerza laboral inmediatamente después del despido. En realidad, la indemnización por despido constituye una compensación por el incumplimiento del contrato y, por ello, debe tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de gananciales.

El derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo no es lesionado en absoluto al sufrir un despido; lo único que queda vulnerado es la efectiva obtención de las ganancias originadas por la inversión de este

capital humano, que es lo que según el artículo 1347.1.º CC resulta ganancial. Por tanto, es ganancial la indemnización cobrada por un espeso en virtud de despido.

La fecha disolución del régimen económico es relevante a efectos de precisar si el despido del que nace el derecho a la indemnización se produce durante la vigencia del régimen de gananciales. Para ello, lo relevante es el momento en que se produjo el despido, con independencia del momento en que se pagó la indemnización.

La impugnación de la sentencia de divorcio respecto de un determinado pronunciamiento no impide que el divorcio adquiera firmeza (artículo 774.5 LEC) en virtud de esa sentencia.

Respecto de la cuantía de la indemnización, será ganancial la proporción de esta que responda al tiempo trabajado vigente la sociedad de gananciales. **(STS 1036/2022, de 23 de diciembre; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Alexis presenta escrito solicitando la formación de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales, frente a Victoria. El divorcio es decretado en sentencia anterior. Victoria solicita la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de un crédito frente a Alexis, derivado del cobro de este de una indemnización por despido. El Juzgado rechaza incluir esta indemnización en el activo.

Victoria presenta recurso de apelación, que es parcialmente estimado. La sentencia declara que, ante la ausencia de fecha indubitada de la separación de hecho de las partes, la disolución de la sociedad de gananciales se produjo cuando la sentencia de divorcio adquirió firmeza. Respecto de la indemnización por despido, entiende que es privativa, dado que no tiene encaje en el artículo 1347.1 CC.

Victoria interpone recurso de casación, por infracción del artículo 1346 CC. El recurso es estimado por dos motivos: i) por entender que la indemnización por despido tiene carácter ganancial, al sustituir las ganancias derivadas del trabajo; ii) porque en el momento en que se devenga la indemnización (exactamente en el momento del despido) aún regía la sociedad de gananciales. *(T. R. C.)*

29. Acción de reclamación de filiación no matrimonial.—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la ponderación de la proporcionalidad y la seguridad jurídica respecto de la excepción procesal de cosa juzgada, en relación con la acción de reclamación de filiación, prevalece el ejercicio de esta acción para la correcta determinación de la filiación como estado civil de las personas. **(STS 790/2022, de 17 noviembre; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—R interpuso una demanda de reclamación de filiación contra su madre F, así como contra su progenitor V, a los efectos de obtener todos los efectos jurídicos inherentes a

dicha declaración y el mandamiento al Registro Civil para la práctica de su inscripción registral.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, habida cuenta de la apreciación de falta de capacidad para el ejercicio de dicha pretensión por tratarse de un menor de edad, junto con la concurrencia de la excepción procesal de cosa juzgada del demandado.

Por su parte, la Audiencia Provincial, que confirmó dicho pronunciamiento, especifica que respecto de la reclamación de paternidad, el hijo podrá impugnarla durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, y si fuere menor o incapaz, el *dies a quo* de dicho plazo será desde su mayoría de edad o su plena capacidad legal.

El Tribunal Supremo, en la resolución de sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, determina que no opera la excepción de cosa juzgada. Por tratarse de un estado civil de las personas, y de conformidad con su doctrina jurisprudencial, ordena que se devuelvan las actuaciones a la Audiencia Provincial, a los efectos de que el demandado pueda solicitar la práctica de la prueba biológica o que se pueda practicar de oficio, pues resultó ineficaz la negativa previa del progenitor a dicha prueba. (C. A. C.)

30. Disolución de matrimonio por divorcio. Guardia y custodia de los hijos. Custodia monoparental materna.—Frente a la solicitud de custodia compartida formulada por el padre recurrente, con base en un nuevo informe de evaluación psicopedagógica de una de las hijas menores del matrimonio, y tras el estudio del mismo por la Sala Primera, esta considera que dicho informe no comporta un hecho ni decisivo ni relevante a efectos de determinar el sistema de guarda y custodia de las hijas de los litigantes. Aunque la doctrina jurisprudencial considera que el sistema de guardia y custodia compartida es «lo normal y deseable» (SSTS 257/2013, de 29 de abril, 370/2013, de 7 de junio y 515/2015, de 15 de octubre), estima en este caso más oportuno el Alto Tribunal mantener la custodia monoparental a favor de la madre, dada la mayor dedicación de esta, que mantiene el domicilio familiar muy cercano al centro escolar, frente a los cambios de domicilio del actor, que por trabajo viaja mucho y tiene un contacto más esporádico con las hijas. En definitiva, el Tribunal Supremo entiende que el amplio sistema de visitas previsto no disipa la conveniencia y el mejor interés de las menores de permanecer con la madre, pues ser buen padre no es suficiente para entender que sea aconsejable para las niñas el sistema de guardia compartida. (STS 123/2023, de 31 de enero; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—A interpuso demanda de juicio ordinario contra V en la que solicitaba que se dictara sentencia acordando la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes.

El Juzgado de Primera Instancia, estima parcialmente la demanda, declarando el divorcio, y atribuyendo la custodia a V, compartiendo la patria potestad con A. Se establece el oportuno régimen de visitas a favor del padre, rechazando la solicitud de este de custodia compartida. También se fija el régimen de alimentos y, por último, se atribuye el uso del domicilio familiar,

propiedad privativa del padre, a las hijas y a la madre, mientras permanezcan las menores bajo su guardia y custodia.

La sentencia fue recurrida en apelación por la representación de A, e impugnada por V. La Audiencia Provincial de Madrid, desestima el recurso y la impugnación, y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

A interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, siendo ambos desestimados por el Tribunal Supremo. (M. Z. Z.)

31. Relación paterno-filial: Suspensión del régimen de visitas.—

Los padres constituyen el centro del núcleo afectivo y de dependencia de su prole. El rol de aquellos es trascendente en el desenvolvimiento futuro de sus hijos, transmitiéndoles señales de aceptación o de rechazo, inculcándoles valores éticos, propiciando su socialización y, en definitiva, el desarrollo de su personalidad. La existencia de positivas interacciones entre padres e hijos es decisiva en el desarrollo ulterior de los menores.

A un niño o a una niña, que disfruta de lazos afectivos y de apego seguro con sus progenitores, no se le puede privar del contacto y comunicación con ellos, lo que se configura como un derecho del menor, una de cuyas plurales manifestaciones normativas se encuentra en el artículo 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando proclama que *Todo niño tiene derecho 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*. En este sentido, se ha pronunciado la STS 373/2013, de 31 de enero. Ahora bien, comunicarse con sus hijos constituye también un derecho de los progenitores expresamente reconocido en el artículo 94 CC (véase STC 176/2008, de 22 de diciembre; y STEDH, sección 3.^a, de 18 de febrero de 2014).

El interés superior de los menores.—La falta de madurez y competencia de los niños y de las niñas inherentes a las limitaciones propias de la edad, la ausencia de recursos con los que cuentan para solventar situaciones desfavorables en las que pueden verse inmersos, los sitúan, en no pocas ocasiones, en una posición de especial vulnerabilidad, que constituye campo abonado para sufrir abusos, maltratos y lesiones en sus derechos fundamentales, o, incluso, para ser instrumentalizados, en su perjuicio, en los conflictos intersubjetivos entre adultos, dentro de los cuales alcanzan especial significación aquellos en los que se encuentran inmersos sus progenitores.

En definitiva, quien no puede, por su edad, defenderse por sí mismo, ni velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas, para garantizar que aquellos sean debidamente respetados, y siempre, además, previa audiencia de los menores con suficiente juicio, para no ser postergados de las decisiones que más directamente les afectan. En el contexto expuesto, no puede extrañar que rija, como verdadero principio de orden público, la regla primordial del interés y beneficio de los menores en la adopción de las medidas personales y patrimoniales que les afecten (véanse las SSTS 569/2016, de 28 de septiembre;

y 251/2018, de 25 de abril, entre otras. Así como, las SSTC 178/2020, de 14 de diciembre; y 81/2021, de 19 de abril, entre otras).

En este sentido, las SSTC 178/2020, de 14 de diciembre; 81/2021, de 19 de abril; y 113/2021, de 31 de mayo, entre otras, subrayan que *el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos*. Y las SSTC 64/2019, de 9 de mayo; y 113/2021, de 31 de mayo, estiman, por su parte, que *es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención*, con referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York.

La consideración primordial del interés del menor.—La utilización de la expresión *consideración primordial* significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior y preferente para resolver los supuestos de colisión o conflictos de derechos en el que el menor pueda hallarse inmerso y que no sean susceptibles de recíproca satisfacción.

No es de extrañar, por lo tanto, la constante proclamación de la vigencia de tal interés superior que se refleja en la jurisprudencia, tanto del TC (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre; y 81/2021, de 19 de abril; y 113/2021, de 31 de mayo), como la de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (SSTS 705/2021, de 19 de octubre y 729/2021, de 27 de octubre, entre otras muchas). En este sentido se han pronunciado las SSTEDH de 5 de noviembre de 2002; 10 de enero de 2008; 7 de marzo de 2013; 18 de febrero de 2014, entre otras muchas).

El interés superior del menor puede justificar la limitación y suspensión del régimen de comunicación entre padres e hijos.—Pueden concurrir circunstancias que justifiquen la limitación de tal régimen de comunicación o su suspensión, en tanto en cuanto un régimen de visitas impuesto resulte perjudicial para el interés superior de los menores, pues las medidas que deben adoptarse al respecto *son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor* (STS 170/2016, de 17 de marzo). Las SSTS 54/2011, de 11 de febrero; y 680/2015, de 26 de noviembre, han declarado que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes. Criterio que también se desprende del artículo 94 CC.

El interés superior del menor se ha considerado como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales.—Este criterio ha sido recogido por las SSTC 99/2019, de 18 de julio; y 81/2021, de 19 de abril, toda vez que ha de prevalecer, en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva, *toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor* (STC 64/2019, de 9 de mayo).

En este marco tuitivo, el artículo 2.2 c) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, señala lo siguiente: a

los efectos de determinar el interés superior del menor, es preciso ponderar *la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.* (STS 625/2022, de 26 septiembre; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El objeto del procedimiento consistió en si procedía ratificar o suspender el régimen restrictivo de comunicación del demandado con su hija, que contaba con cuatro años de edad, al haber sido condenado por delitos de violencia de género contra la madre de la niña, con la circunstancia agravante de reincidencia, y sus deficiencias para asumir el rol de padre, todo ello en aplicación del principio primordial de interés y beneficio de la menor que rige en el ámbito del derecho de familia.

El Juzgado de Familia atribuyó a la madre la guarda, custodia y el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre la hija menor, fijó un régimen de visitas de la menor con el padre, consistente en dos visitas semanales de hora u hora y media de duración tuteladas y a desarrollar en el punto de encuentro familiar (PEF), una vez que el padre saliese de prisión. Esta sentencia fue apelada por la progenitora de la menor, solicitando la suspensión del régimen de visitas hasta que el progenitor paterno se sometiera a control y seguimiento psiquiátrico, y se emitieran los oportunos informes favorables. El demandado no se personó en ningún momento en el procedimiento y la Audiencia desestimó la apelación. El TS acordó estimar el recurso de casación presentado por la progenitora de la menor en el único sentido de suspender el régimen de visitas del progenitor con su hija, sin perjuicio de la revisión de tal medida por cambio de circunstancias, dado los episodios reiterados de violencia de género del padre, el desinterés parental, su patología psiquiátrica y dificultades de control de los impulsos, su reticencia a los tratamientos, la falta de madurez de la niña para asumir los contactos programados con su progenitor y enfrentarse a las carencias del demandado en el desempeño del rol de padre, todo ello en virtud del interés superior del menor.

NOTA.—El artículo 2.1, en su párrafo 1.º, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, dispone que *todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.* (I. D.—L. S.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 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, bibliografía final, listado de jurisprudencia y los anexos de normas y jurisprudencia en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y páginas 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

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

Catedrático 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.