

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVII, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2024



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES



ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

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

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVII, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 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

Pág.

Estudios monográficos

Vincenzo BARBA: «La protección de los herederos forzosos. La acción de reducción»	1523
Reyes SÁNCHEZ LERÍA: «Derechos de terceros sobre la cosa vendida o contenido digital suministrado: el tratamiento de la falta de conformidad jurídica en la legislación protectora de consumidores»	1569
Pedro DEL OLMO GARCÍA: «Responsabilidad contractual y extracontractual: la situación doctrinal en España»	1629
Brian BUCHHALTER MONTERO: «El Derecho extranjero en el laberinto procesal civil: medios de fijación y posibilidades si estos fracasan (interés público o privado del litigio como criterio de decisión)»	1677

Estudios de Derecho extranjero

Íñigo DE LA MAZA GAZMURI/ Álvaro VIDAL OLIVARES: «Pandemia, caso fortuito y arrendamiento de locales comerciales»	1715
---	------

Vida Jurídica

María Jesús SANDE MAYO: «Hacia un nuevo modelo de acciones colectivas: análisis de las propuestas incorporadas en el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia del servicio público de justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios»	1757
Vincenzo BARBA: «Diferenciación y discriminación: dos caras de la autonomía privada»	1785

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Por Julia AMMERMAN YEBRA	1797
--------------------------------	------

Bibliografía

LIBROS

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

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Realidad (social) y norma (jurídica): La interpretación sociológica o evolutiva en Derecho privados», por Miguel Ángel Pérez Álvarez	1839
DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés/TORIBIOS FUENTES, Fernando: «La prescripción extintiva en el Derecho de obligaciones», por Bruno Rodríguez-Rosado	1841
ZIMMERMANN, Reinhard: «Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio», por Sergio Cámara Lapuente	1845
ZUMAQUERO GIL, Laura: «Efectos de la compensación de deudas», por Esteve Bosch Capdevila	1856

REVISTAS EXTRANJERAS

A cargo de Ricardo PAZOS CASTRO; colaboran: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Carlos CASTELLS SOMOZA, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO 1863

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Por Rosa M. Méndez Tomás (Año 2023) 1897

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública**RESOLUCIÓN COMENTADA**

Antoni VAQUER ALOY: «La desheredación de los legitimarios menores de edad (a propósito de la RDGSJFP de 15 de enero de 2024) 1925

Jurisprudencia del Tribunal Supremo**SENTENCIAS COMENTADAS**

Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: «Prohibición de pisos turísticos en comunidades de vecinos, antes del artículo 17.12 LPH, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo» 1955

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, José María MARTÍN FABA, Nicolás MONTÉS SERRANO, Nicolás MONTES SERRANO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO, María ZABALLOS ZURITA 1989

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

La protección de los herederos forzados. La acción de reducción

VINCENZO BARBA

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Roma «La Sapienza»

RESUMEN

El artículo, tras describir las principales tesis defendidas por la doctrina española e italiana en relación con la legítima, propone una reconstrucción de la protección de los legitimarios en el Código civil español. Partiendo de la idea de que existe una diferencia entre la legítima y la cuota hereditaria y de la consideración de que, en ausencia de lesión, el legitimario carece de cualquier acción, se afirma que el interés protegido por el Código Civil es la legítima material. La ley concede a los legitimarios tanto la acción de complemento como la acción de reducción, permitiéndoles así asegurar su legítima material. Se trata de una única acción, cuya consecuencia es dejar sin efecto las disposiciones que perjudican al legitimario. Se produce así una redefinición de las cuotas hereditarias que permite al legitimario conseguir la legítima. En ausencia de una redefinición de las cuotas hereditarias, es difícil racional y dogmáticamente explicar el título de adquisición del legitimario, y el mecanismo técnico en virtud del cual se realiza.

PALABRAS CLAVE

Herederos forzados; legitimarios; legítima; complemento de la legítima; suplemento de la legítima; reducción de disposiciones lesivas; reducción de instituciones de herederos; reducción de legados; reducción de donaciones; cuotas hereditarias; partición de la herencia; caudal hereditario.

The protection of forced heirs. The action for reduction

ABSTRACT

The article, after describing the main theses defended by the Spanish doctrine in relation to the legitimate share in the Civil Code, proposes a reconstruction of the protection of the legitimate shareholders. Starting from the idea that there is a difference between the legitimate share and the inheritance quota and from the consideration that, in the absence of injury, the legitimate share has no right of action, it is stated that the interest protected by the Civil Code is the material legitimate share. In order for the legitimated beneficiaries to be able to obtain the material reserved share, the law attributes the action of supplementation and the action of reduction. This is a single action, the effect of which is to render ineffective the provisions detrimental to the legitimated party. This results in a redefinition of the parts of the inheritance that allows the legitimated person to obtain the reserved portion. In the absence of a redefinition of the inheritance shares, it is not rationally possible to explain the title of acquisition of the successor in title, nor the technical mechanism by virtue of which it is carried out.

KEY WORDS

Forced heirs; legitimated heirs; supplement; reduction of detrimental dispositions; reduction of donations; inheritance quotas; partition of the inheritance.

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. Breve descripción de los sistemas jurídicos de protección de los legitimarios.—3. La compleja regulación española frente a la más sencilla italiana.—4. Principales tesis defendidas por la doctrina española y por la doctrina italiana.—5. Primera consideración: diferencia entre la legítima y la cuota hereditaria en el Código civil español.—6. Segunda consideración: en ausencia de lesión, el legitimario no tiene acción. Si ha conseguido la legítima por donaciones o legados, no se convierte en heredero.—7. Tercera consideración: las normas sobre herederos forzados en el Código civil español protegen la legítima material y no formal.—8. Los remedios: acción de complemento de la legítima mediante la reducción de las disposiciones inoficiosas.—9. Forma y orden de reducción de las disposiciones que menguan la legítima.—10. Los efectos de la reducción de las disposiciones lesivas.—11. Comprobación de la cualidad de legitimario y comprobación del perjuicio.—12. Ineficacia de la disposición lesiva.—13. Redefinición de las cuotas hereditarias.—14. Modalidades de reducción de las disposiciones lesivas.—15. Conclusiones.—Bibliografía.—Jurisprudencia.

1. PLANTEAMIENTO

La posición jurídica de los llamados «herederos forzosos» en el Código civil español constituye una cuestión largamente debatida, siendo objeto de controversia el título por el que acceden a la sucesión¹. Las razones de esta complejidad son múltiples e implican argumentos literales, funcionales, sistemáticos e históricos.

Dificultades similares, aunque el conjunto de normas de protección del legitimario es aparentemente más sencillo y ordenado, se han registrado en el Derecho italiano, en el que domina actualmente la idea de que la legítima es una *pars bonorum*.

En este artículo me propongo analizar, tomando en consideración la experiencia italiana, la regulación española para verificar, desde un punto de vista dogmático, que tiene, sin embargo, considerables implicaciones prácticas, el mecanismo que permite al legitimario perjudicado obtener su legítima.

Para ello, comenzaré con una breve descripción de los sistemas de legítima existentes, para después analizar la regulación española, considerando, aunque brevemente, también la italiana, con el fin de verificar lo que puede ser una reconstrucción conceptual que pueda explicar el fundamento, modo y título de la adquisición de la legítima.

2. BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS

Haciendo una exemplificación conspicua, en sí misma incapaz de captar la complejidad del fenómeno, podría decirse que la regulación de la protección de los legitimarios puede responder, desde un punto de vista puramente funcional, a dos lógicas muy distintas, aunque en muchos aspectos capaces de entrecruzarse.

La legítima puede entenderse como una atribución hereditaria forzosa o como una regulación negativa.

En algunos sistemas jurídicos, la legítima ha tenido y sigue teniendo la función predominante de asegurar a los legitimarios la adquisición de la condición de heredero, mientras que en otros tiene la función predominante de asegurar a los legitimarios una parte de la herencia o un crédito sobre la misma.

¹ TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)», 2016, pp. 356 s.

Ambas perspectivas son muy diferentes.

En un caso, el interés primordial protegido por la ley es precisamente la adquisición de la condición de heredero, por lo que la legítima constituye una *pars hereditatis*. Las normas sobre legitimarios identifican a los herederos que no pueden faltar, ni siquiera por voluntad del causante, fijando la cuota en que cada uno debe suceder *in universum ius defuncti*.

Los legitimarios son, por tanto, herederos incluso contra la voluntad del testador y con independencia de que obtengan, debido a esta condición, una determinada parte del haber hereditario. Los legitimarios son herederos forzosos en el sentido de que la ley establece mecanismos para garantizar su llamamiento a la sucesión *ipso iure*, es decir, con independencia de su voluntad y al margen de cualquier iniciativa judicial por su parte.

Este resultado puede alcanzarse técnicamente bien atribuyendo al testamento la función exclusiva de establecer solamente legados, impidiendo al testador instituir herederos, bien, con alguna mayor dificultad de coordinación, limitando la capacidad de instituir herederos testamentarios a la sola cuota de libre disposición.

En el primer caso, los herederos están siempre determinados por la ley, por lo que los legitimarios estarán siempre llamados a la sucesión *ipso iure*. En el segundo caso, si el testador hubiera instituido herederos en cuantía superior a la cuota de libre disposición, el testamento sería nulo de pleno derecho o parcialmente nulo, al menos hasta alcanzar la cuota hereditaria que corresponde a los legitimarios, con la consecuencia de que éstos últimos serían en todo caso llamados a la sucesión *ipso iure* y con independencia de cualquier iniciativa judicial por su parte.

En esta perspectiva, precisamente porque la función primordial de la ley es garantizar a los legitimarios la condición de herederos, la ley se preocupa de indicar las cuotas de la herencia en las que los legitimarios deben suceder, de modo que la legítima es *pars hereditatis*. De ello se desprende, por tanto, que la denominada sucesión de los herederos forzosos debe considerarse un verdadero tipo de sucesión, autónoma tanto respecto de la sucesión legal, como de la sucesión testamentaria.

En los ordenamientos jurídicos en los que el interés primordial es garantizar al legitimario la condición de heredero, hay que considerar también los casos en los que la legítima, desde el punto de vista del contenido, consiste en una atribución puramente simbólica, es decir, aquellos ordenamientos en los que la ley se preocupa únicamente de que el legitimario sea heredero, prescindiendo sustancialmente del valor de la atribución patrimonial que pueda recibir.

Desde la segunda perspectiva, el interés protegido por la ley es garantizar que los legitimarios consigan una parte del haber hereditario u otros derechos, con independencia de que adquieran también la condición de herederos. Se diría que la adquisición de la cualidad de heredero no sólo no es dirimente o decisiva, sino que incluso puede faltar por completo. Al legislador no le importa que los legitimarios se conviertan siempre en herederos, sino que obtengan una participación en el caudal hereditario o ciertos derechos especiales, siendo esencialmente irrelevante (*recte*: equivalente) el título de adquisición de esta *pars*.

Según esta concepción, no puede considerarse que la sucesión de los legitimarios constituya una sucesión autónoma en relación con la legal y la testamentaría, ya que se trata de una mera regulación para la protección de la posición jurídica de los legitimarios, destinada a aplicarse cualquiera que sea la fuente de la sucesión y que tiene una función reguladora restrictiva o negativa.

Los medios técnicos por los que la ley garantiza que legitimario obtenga una parte del haber hereditario dependen de la forma en que cada ordenamiento jurídico considere la legítima o, más exactamente, de su contenido.

En este sentido, también a modo de ejemplo, pueden aislarse al menos cuatro sistemas diferentes, según se entienda la legítima como *pars valoris*, como *pars valoris bonorum*, como *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet*, o como *pars bonorum*². La diferencia estriba en el contenido del derecho que corresponde al legitimario, mientras que éste es independiente de los requisitos previos³.

² Por todos: RIVAS MARTÍNEZ, 2009, pp. 1405-1460, en cuanto al contenido del derecho que corresponde al legitimario, pueden proponerse seis tipos diferentes: a) legítima como *pars hereditatis* (la ley atribuye al legitimario la cualidad de heredero); b) legítima como *pars valoris* (la ley concede al legitimario un simple derecho de crédito, a pagar en dinero); c) legítima como *pars valoris bonorum* (la ley atribuye un derecho de crédito, que goza de causa legítima de tanteo sobre uno o varios bienes hereditarios); d) legítima como *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet* (la ley atribuye un derecho de crédito, que goza de una causa legítima de preferencia sobre uno o varios bienes hereditarios y el derecho de crédito del legitimario debe satisfacerse con bienes hereditarios y no en dinero) e) legítima como *pars bonorum* (la ley considera al legitimario como copropietario de los bienes de la herencia, de modo que el legitimario es un perceptor legal de bienes, si su legítima no se ha satisfecho de otro modo); f) legítima puramente simbólica (la ley impone cualquier atribución patrimonial a favor del legitimario, aunque no tenga valor económico). Según el autor –pero la opinión es controvertida– el contenido del derecho que corresponde a los legitimarios exige que la legítima sea considerada *pars bonorum*.

³ Hay ordenamientos jurídicos que asignan una legítima únicamente debido a la relación conyugal o familiar existente con el difunto (el italiano o el español), otros que asignan la legítima únicamente en caso de necesidad del legitimario (el cubano); otros en los que se tiene en cuenta tanto la relación, como su duración. Además, hay ordenamientos jurídicos en los que la legítima es fija, otros en los que es variable y otros en los que, dentro de la legítima, es posible una distribución diferente entre los legitimarios. También hay

En el primer caso se atribuye al legitimario un mero derecho de crédito, que también puede ser satisfecho con dinero no hereditario; en el segundo caso se atribuye al legitimario el derecho a una parte del valor de la herencia garantizado por los propios bienes del haber hereditario; en el tercer caso se atribuye al legitimario el derecho a un valor fijo, que debe ser satisfecho con bienes hereditarios; en el último caso se atribuye al legitimario una copropiedad de los bienes hereditarios.

3. LA COMPLEJA REGULACIÓN ESPAÑOLA FRENTE A LA MÁS SENCILLA ITALIANA

Una simple lectura de las normas contenidas en el Código civil español en la sección quinta sobre los herederos forzosos ofrece un panorama muy difícil, incluso a quien lo mire con la intención de hacer un estudio comparado.

Desde un punto de vista literal, la sección se titula «de las legítimas», pero en el artículo 806 CC los sujetos a los que le corresponde la legítima se denominan «herederos forzosos»⁴. La legítima se considera en el artículo 806 CC como una «porción de bienes»⁵ y no como una herencia, y el artículo 815 CC parece establecer implícitamente que el causante puede satisfacer la porción reservada por cualquier título.

Los arts. 815 y 817 CC establecen claramente que la protección de los herederos forzosos está vinculada a su petición explícita; el artículo 813.2, sobre la prohibición de gravámenes, parece prever un remedio en todo caso sujeto a petición, que se acerca más a la anulabilidad que a la nulidad; finalmente el artículo 814.2 parece prever un remedio automático, que es independiente de una petición o actividad del legitimario. Todo ello sin olvidar que el artículo 763.1 dispone que quien tenga herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones establecidas en la sección de legitimarios.

ordenamientos que valoran más la solidaridad familiar y permiten explícitamente la desheredación, mientras que otros, como el italiano, la excluyen totalmente.

⁴ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 319, la «expresión «herederos forzosos» ha de considerarse como una impropiedad de lenguaje favorecida por los precedentes históricos, y desde luego no podría servir para imponer una supuesta regla según la cual el legitimario fuera necesariamente heredero, frente al real funcionamiento del sistema del Código, cuerpo en cuelo ningún precepto establece que la legítima haya de cumplirse por título de herencia».

⁵ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 315, con referencia al artículo 806 dice: «la definición no es muy afortunada, al no corresponder con la regulación ulterior del instituto».

La preterición no menoscaba la legítima, pero se establece al mismo tiempo que la preterición no intencional⁶ da lugar a la anulación de todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial o sólo a las instituciones de herederos (mientras que valdrán las mandas y mejoras que no sean inoficiosas)⁷, según afecte a unos o a todos los herederos forzados.

Si un legitimario fuere injustamente desheredado, se anulará, *ex artículo 851 CC*, la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado, pero valdrán las mandas, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima⁸.

A favor del legitimario que haya recibido menos de su legítima por cualquier causa, la ley concede el derecho a solicitar un complemento, pero al mismo tiempo establece que se reducen las disposiciones testamentarias que disminuyan la legítima.

El artículo 820 CC establece claramente que las donaciones sólo se reducen (según los arts. 636, 654-656 CC) después de que se reduzcan todas las disposiciones testamentarias, mientras que el orden de reducción de las disposiciones testamentarias no está nada claro. Pues, el artículo 820 CC parece establecer que las disposiciones testamentarias deben reducirse proporcionalmente, sin distinguir entre instituciones de herederos y legados (como ocurre en el Derecho italiano, véase el artículo 558.1 CC IT), mientras que el artículo 814 CC, en materia de preterición, establece claramente que primero deben reducirse las instituciones de herederos y sólo después los legados y la mejora.

Tampoco está del todo claro si existe una diferencia entre el complemento que puede solicitar el legitimario perjudicado en vir-

⁶ En primer lugar, cabe señalar que la distinción entre preterición intencional y no intencional no es fácil de determinar, pues es muy difícil establecer, a menos que puedan extraerse indicios inequívocos del contexto, si el testador tuvo o no la intención de preterir al legitimario deliberadamente. En segundo lugar, hay que reiterar que el propio significado de la palabra «preterición» es ambiguo, ya que puede entenderse tanto en un sentido formal como material. Desde un punto de vista formal, la preterición presupone el simple hecho de que el testador no ha instituido heredero al legitimario, que por esta razón debe entenderse «omitido». Desde un punto de vista material, en cambio, se hace referencia a la circunstancia de que el legitimario no haya recibido nada del testador a título alguno, ni siquiera por legado o donación. Aunque el significado técnico de preterición sea el de preterición formal, es de suponer que el legislador en el artículo 814 CC pretendió referirse a la preterición material. Si los legitimarios hubieran recibido algo, aunque sea en concepto de legado o donación, no estaríamos ante un supuesto de preterición material y el legitimario tendría que actuar al amparo del artículo 815 CC.

⁷ Sobre la preterición, para una diferencia en la regulación jurídica entre preterición intencionada y no intencionada, v. MIGUEL GONZÁLEZ: «Legítima material y legítima formal», 2009, pp. 522 ss. y especialmente pp. 532 y 533. Según el autor, en el caso de preterición no intencional se abre una sucesión intestada a favor del preterido, quien, por tanto, tiene derecho no sólo a la legítima material sino también a la cuota hereditaria. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-ROSADO, 2017, RB-6.7.

⁸ En el supuesto de desheredación injusta se aplica la norma, aunque el legitimario haya recibido una donación.

tud del artículo 815 CC y la reducción de las disposiciones testamentarias y, por tanto, si el complemento es o no independiente de la reducción o es un modo de realización de este.

El artículo 816 CC establece que la renuncia y la transacción sobre la legítima futura serán nulas, pero señala que el legitimario debe traer a colación lo que haya recibido por tal renuncia o transacción, no resultando del todo evidente si ello debe ser así también con independencia de la restitución que resulte de la nulidad.

El artículo 813 CC establece que el causante no podrá imponer ni cargas, ni condiciones, ni sustituciones sobre la legítima, pero no establece cuál debe ser la consecuencia en caso de incumplimiento de tal disposición y, por tanto, cuál debe ser el remedio⁹. El segundo párrafo establece que dicha prohibición no se extiende a los supuestos de usufructo del viudo; la disposición de la legítima estricta de todos los legitimarios en beneficio del legitimario en situación de discapacidad¹⁰.

Finalmente, existen determinados supuestos (arts. 821, 829, 841, 847 y 1056.2 CC) en los que la legítima pueda pagarse en metálico incluso extra-hereditario¹¹.

El sistema jurídico italiano, en cambio, es aparentemente mucho más sencillo que el español.

En el código civil italiano, en el que no existe la mejora, ni la posibilidad de desheredar, ni una regulación de la preterición, siempre se habla de legitimarios y nunca de herederos forzados.

En caso de lesión, el legitimario tiene siempre y únicamente derecho a la acción de reducción (art. 564 CC IT) y derecho a ser satisfecho con bienes hereditarios, ya que no es posible pagar la legítima en metálico. Se reducen primero las disposiciones testamentarias, sin diferenciar entre instituciones de herederos y legados (art. 554 CC IT), y después las donaciones (art. 555 CC IT).

⁹ Sobre el tema se han avanzado una pluralidad de reconstrucciones, que van desde la nulidad, pasando por la anulabilidad, hasta la ineffectuacía. La tesis que más me convence es la de la ineffectuacía.

¹⁰ Cada uno de estos supuestos merecería un análisis en profundidad debido a los numerosos problemas y consecuencias que plantea. Sin embargo, este tipo de análisis rebasa el ámbito del presente estudio, por lo que basta con limitarse a recordar estos supuestos excepcionales, en los que el legislador ha considerado esencialmente necesario sacrificar, dentro de ciertos límites, el derecho a la legítima en favor de intereses que consideraba especialmente merecedores de protección. V. BARBA, 2021, pp. 1 ss. Cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional 4.^a CC, las normas previstas en los artículos 782 y 808 CC pueden aplicarse no a favor de cualquier persona en situación de discapacidad, definida a nivel general como persona que precise apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, sino al concepto de discapacidad definido en la Ley 41/2003 y a las personas en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con según la Ley 39/2006. El alcance de aplicación de las normas de los artículos 782 y 808 CC es, por tanto, más reducido de lo que cabría imaginar a primera vista.

¹¹ Por todos, DOMÍNGUEZ LUELMO, 1989, *passim*.

Las disposiciones testamentarias se reducen proporcionalmente (art. 558 CC IT), salvo la existencia de una disposición de preferencia (art. 558 CC IT), mientras que las donaciones se reducen empezando por la última y ascendiendo gradualmente a las anteriores (art. 559 CC IT).

El Derecho italiano también prohíbe al testador imponer cargas o condiciones a la legítima, sin prever cuál debe ser el remedio (art. 549 CC IT). A diferencia del derecho español, existe la figura del legado en sustitución de la legítima (art. 551 CC IT), cuyo fundamento sólo puede explicarse teniendo en cuenta que en el derecho italiano un legitimario que es el destinatario de un legado siempre puede repudiar el legado y sin embargo reclamar la legítima¹².

4. PRINCIPALES TESIS DEFENDIDAS POR LA DOCTRINA ESPAÑOLA Y POR LA DOCTRINA ITALIANA

En el Derecho español se encuentra un vivo debate sobre la naturaleza de la legítima regulada en el Código civil, en el que se han planteado básicamente cuatro tesis¹³.

Según la tesis dominante la legítima es una *pars bonorum*; la ley no atribuye al legitimario la condición de heredero, sino un derecho a percibir una cuota líquida del caudal relicto¹⁴. La legítima se calcula exclusivamente sobre el activo patrimonial remanente una vez liquidadas las deudas, y añadidas las donaciones: será por tanto una fracción del caudal exento de deudas, y no una parte de la herencia, que integra en sí bienes y cargas¹⁵.

¹² Sobre los legados a favor del legatario, véase BARBA, 2024, p. 4.

¹³ Una excelente síntesis en LACRUZ BERDEJO, 2009, pp. 316 s.

¹⁴ STS 695/2005 de 28 septiembre, según la cual «El sistema se califica como de reglamentación negativa, dado que la Ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de atribución y confiere al legitimario (artículo 763.2 del Código Civil [LEG 1889, 27]), para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitarse las acciones de defensa cuantitativa de su legítima, con la reclamación del complemento (artículo 815 del Código Civil), la reducción de legados excesivos (artículos 817 y 820 del Código Civil y sentencia de 24 de julio de 1986 [RJ 1986, 4619]) o, en su caso, de las donaciones inoficiosas (artículos 634, 651, 819 y 820 del Código Civil), aunque estén ocultas bajo negocios aparentemente onerosos (sentencia de 14 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6392]).». En el mismo sentido, STS 468/2019 de 17 septiembre. RJ 2019\3619; STS 863/2011 de 21 noviembre. RJ 2012\1635.

¹⁵ VALLET DE GOYTISOLO, 1974, pp. 180 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, 1974, p. 549; LACRUZ BERDEJO, 2009, pp. 309 ss.; GARCÍA RUBIO, 1989, pp. 85 ss.; TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)», 2012, pp. 25, 28, 49 ss.; REAL PÉREZ, 1988, pp. 80 ss. MENÉNDEZ MATO, 2012, pp. 51 ss.

Según la teoría clásica la legítima es una *pars hereditatis*, y el legitimario un verdadero heredero forzoso, que tiene derecho a que se le atribuya por este título una parte de los bienes que corresponden a su causante¹⁶. La condición de legitimario no atribuye simplemente el derecho a la percepción de una cuota de bienes, sino que otorga la plenitud de facultades personales y patrimoniales que corresponden al heredero¹⁷.

Para algún autor¹⁸, la legítima es una cuota de valor del activo patrimonial líquido, realizable *in natura*, que se encuentra garantizada por una especial afección sobre los bienes, es decir una *pars valoris bonorum*¹⁹.

Finalmente, según una última tesis, la legítima es una *pars valoris*, de modo que el legitimario tiene un mero derecho de crédito, realizable en dinero, y en una determinada proporción al valor de los bienes del caudal relicto. El legitimario sólo sería acreedor

¹⁶ Mantiene esta tesis STS 8 mayo 1989. RJ 1989\3673 «La Sentencia de 31 de marzo de 1970 (RJ 1970\1854) establece que «en nuestro Ordenamiento jurídico, por tener dicha institución (la legítima) la consideración de «pars hereditatis» y no de «pars valoris», es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales –arts. 829, 838, 840 y párrafo 2.^º del art. 1056 del Código Civil– que no se dan en el caso de autos», y la de 19 de abril de 1963 (RJ 1963\2562) dice que «partiendo de la base de que la legítima es de orden público, de que no puede disponer el testador, por venir impuesta por la ley, ni hacer recaer gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio sobre los derechos que la integran»; de la mayoritaria doctrina científica y de la sentada en las citadas sentencias de esta Sala, se concluye el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos, entre tanto, todos los bienes relictos, careciendo el heredero testamentario de facultades dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad sin que pueda enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición –Sentencia de 5 de julio de 1958 (RJ 1958\2537)». Doctrina superada por la conocida STS 695/2005 de 28 septiembre. RJ 2005\7154.

¹⁷ En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1985, pp. 849 ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1986, pp. 571 ss. MIQUEL GONZÁLEZ, «Los desprecios al Código civil», 2009, p. 237; MIQUEL GONZÁLEZ, 2014, pp. 983, 988; MIQUEL GONZÁLEZ, «Legítima material y legítima formal», 2009, pp. 500 ss.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, 1996, pp. 217 ss., 360 ss.; RODRÍGUEZ-ROSADO, 2017, pp. 113 ss. Este último autor, afirma a p. 118: «A pesar de todo, creo que, si se analiza con detenimiento el Código civil, es posible descubrir que éste concibe la legítima como un derecho a ser instituido heredero en la sucesión del causante. Y es que, como ha dicho José María Miquel, hay una serie de artículos que adquieren pleno sentido si se acepta esa concepción, y que de otro modo resultan escasamente fundados». Precisa a la p. 113: «Como bien ha dicho José María Miquel, la posición de legitimario es una posición compleja, que comprende fundamentalmente tres aspectos: el derecho a una porción de bienes (legítima material); un cierto derecho –técnica– una carga– a ser mencionado en el testamento de su causante (legítima formal); y el derecho, frente al resto de herederos forzosos, a que éstos computen en sus respectivas cuotas las atribuciones que recibieron del causante en vida de éste, salvo disposición expresa en contrario (colación)».

¹⁸ ROCA SASTRE, 1944, pp. 35 ss., cuya tesis quedó aislada.

¹⁹ Esta, en cambio, es la solución adoptada por el Derecho catalán (art. 451-11 CCCat).

de una cuantía, y el heredero puede satisfacer el crédito del legítimario pagando la deuda en efectivo²⁰.

Excluyendo las dos últimas teorías que, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico español actualmente vigente, parecen difíciles de aceptar, aunque la última, desde una perspectiva reformista, es considerada por muchos como la que mejor podría flexibilizar el sistema sucesorio, no cabe duda de que el campo de investigación se disputa sustancialmente entre la teoría clásica y la teoría dominante, es decir, entre la idea de que la legítima constituye una *pars bonorum* o una *pars hereditatis*.

En el Derecho italiano, aunque históricamente el debate ha sido muy vivo y se han defendido tres tesis, se ha consolidado la idea de que la legítima constituye una *pars bonorum*, precisando que el legitimario siempre tiene derecho a que se le satisfaga su legítima con bienes hereditarios²¹. También se dice que el legitimario preterido o excluido de la sucesión, una vez que actúa en reducción, adquiere la condición de heredero, si bien esta adquisición es instrumental a conseguir bienes hereditarios suficientes para satisfacer su legítima.

Aunque esta tesis es hoy dominante y seguida, aunque con matices, por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, otras dos reconstrucciones se han ido avanzando a lo largo del tiempo.

Según Cicu²², la legítima constituye una verdadera *pars hereditatis* que se atribuye siempre al legitimario en función de esta cuádruple, que por ello era inmanente a la propia condición de legitimario. En una posición radicalmente opuesta, parte de la doctrina, especialmente la que se formó bajo el viejo Código civil (el de 1865), sostiene que la legítima, precisamente por constituir una porción del caudal relicto, debe atribuirse a título particular²³. Un legitimario es heredero sólo si es instituido como tal por ley o por testamento; pero la condición de heredero no es consecuente por el mero hecho de que actúe en reducción.

Hecha esta breve exposición, me parece que posicionarse en Derecho italiano es sustancialmente más fácil que en Derecho español. Tomar posición respecto a las dos principales tesis defendidas por la doctrina española (*pars bonorum* o una *pars hereditatis*)

²⁰ En este sentido, GONZÁLEZ PALOMINO, 1936, pp. 160 ss., 165; VIRGILI SORRIBES, 1945-7, pp. 479 ss.; RAGEL SÁNCHEZ, 2013, pp. 5836 ss. Cabe mencionar, aunque no pueda considerarse dentro de esta postura, la posición de GARCÍA RUBIO, 2008, p. 111, según la cual «la nueva formulación del artículo 831 del CC supone un paso más en el proceso de modificación desestructurado, inconexo y parcial del sistema sucesorio del CC».

²¹ Por todos: MENGONI, 2000. Véase, MESSINEO, 1962; MARINARO, 2009; BARBA, 2020.

²² CICU, 1943, pp. 147 ss.

²³ AZZARITI, «Il legittimario è erede», 1933, pp. 43-45; AZZARITI, «Sulla figura del legittimario», 1933, p. 250; CANTELMO, 1972, pp. 92 s., 96 ss., 116 ss.

tis) es difícil porque, como he intentado aclarar, existen argumentos literales, sistemáticos e históricos que pueden impulsar una u otra reconstrucción teórica.

Intentaré en las páginas siguientes, aprovechando la experiencia italiana, pero dejándola de lado, averiguar cuál es la posición jurídica del legitimario en el CC español, a partir del dato normativo y en consideración a los remedios establecidos.

5. PRIMERA CONSIDERACIÓN: DIFERENCIA ENTRE LA LEGÍTIMA Y LA CUOTA HEREDITARIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

La primera consideración importante, para poder entender cuál es la posición jurídica del legitimario, se refiere a la naturaleza de la legítima. Es decir, hay que determinar si constituye o no una verdadera cuota hereditaria.

Como es sabido, la legítima de los descendientes equivale a 2/3 de la herencia; la legítima de los ascendientes equivale a 1/2 de la herencia, mientras que la legítima del cónyuge varía según los casos. Si no concurre ni con descendientes ni con ascendientes, tiene derecho al usufructo de dos tercios de la herencia; si concurre con ascendientes, tiene derecho al usufructo de la mitad de la herencia y a los ascendientes les corresponde 1/3; si concurre con descendientes, tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Dejando a un lado, por un momento la legítima del cónyuge, que en ningún caso podría ser una cuota hereditaria, ya que es a lo sumo, debido a su naturaleza específica²⁴, un legado²⁵, debe seña-

²⁴ Según TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (II)», 2012, p. 112, se trata de una legítima en usufructo, concurrente con la de cualquiera de los otros dos grupos de legitimarios, de cuantía variable en función de esa concurrencia y commutable.

²⁵ Esto es así siempre y cuando se acepte que se trata de un verdadero legatario *ex lege*. La especificidad del derecho que corresponde al cónyuge, en concepto de legítima, me lleva a pensar que la atribución de este derecho atribuye la condición de legatario y no la de heredero, aunque son muchas las voces de la doctrina española en sentido contrario que afirman que se trata, en todo caso, de una atribución patrimonial que acarrea la condición de heredero. Por todos, véase LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 364, «Los autores que escriben después de la publicación del CC consideraban que el cónyuge viudo percibe su legítima por título de herencia. La jurisprudencia sobre este punto es abundante y poco orientadora, ya que emplea la condición de heredero o no heredero del viudo, alternativamente, para justificar soluciones arbitradas antes, y todas ellas justas, pero en virtud de distintos argumentos». A pesar de que se trata de una cuestión muy compleja y debatida, a los efectos del presente caso no es relevante y por ello preferimos no entrar en la materia, que requeriría un extenso estudio. Adhiere, RODRÍGUEZ-ROSADO, 2017, RB-6.9, «La aparente indefinición tal vez pueda salvarse afirmando, como hace Lacruz, que no es propiamente heredero, pero si un sucesor *ex lege*, y que como tal su titularidad usufructuaria se ve

larse inmediatamente que el derecho de los descendientes y el de los ascendientes no es en el sentido técnico una verdadera cuota hereditaria.

Lo característico de la cuota hereditaria, propia de la institución de heredero hecha por ley (cfr. arts. 930 ss. CC) o por testamento (arts. 660, 659 CC), es que indica en qué medida el sujeto sucede *in universum ius* al causante.

La cuota hereditaria se caracteriza por su llamada fuerza expansiva y por el conjunto de facultades que atribuye al heredero. La cualidad de heredero es propia y originaria de la persona a la que pertenece; corresponde a la sucesión del patrimonio del causante y no también a la personalidad de éste. El heredero sucede en la posesión, está obligado *ipso iure* al pago de las deudas de la herencia, puede ejercitar la *hereditatis petitio*, sucede en todas las relaciones como si hubiera sido titular *ab initio* e incluso en las que se estén formando en el momento del fallecimiento del causante, sucede en los procesos en los que el causante era parte.

La herencia, como dice claramente el artículo 659 CC comprende «todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte», o sea el patrimonio del difunto. Su naturaleza jurídica es objeto de controversia, debatiéndose si se trata o no de una *universitas iuris*, aunque esta cuestión, importante desde un punto de vista teórico, no es en absoluto decisiva para el tema que nos ocupa.

En cambio, la legítima, tal como la concibe el Código Civil, representa la porción de bienes que corresponde a los legitimarios. Como tal, no es ni puede ser, desde un punto de vista puramente técnico, una verdadera cuota hereditaria. La razón por la que no es una verdadera y propia cuota hereditaria depende de su naturaleza: indica la «medida» del haber hereditario que corresponde a los herederos forzados, cuya determinación debe llevarse a cabo mediante la operación de reunión ficticia descrita en el artículo 818 CC.

Desde un punto de vista puramente numérico, aunque la legítima de ascendientes y descendientes, al igual que la cuota hereditaria, se expresan mediante el uso de fracciones ideales, son cantida-

reforzada por una serie de facultades derivadas de la cualidad de legitimario que le atribuye el Código». Según TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (II)», 2016, p. 451, cuya tesis comarto, se trata de un legatario de parte alícuota: «En el sistema del CC, la configuración del usufructo vitalicio hace que deba reconocérsele esta legítima, pues en principio su derecho de usufructo alcanza a todos y cada uno de los bienes que componen la herencia por lo que se equipara a un legatario de parte alícuota (*vid.* artículo 839 CC)».

des objetivamente distintas, ya que el denominador de la primera es diferente del denominador de la segunda²⁶.

El denominador de la cuota hereditaria, como aclara el artículo 659 CC, es el patrimonio real del causante, es decir, la suma total de todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen con su muerte (para simplificar: patrimonio activo o patrimonio neto). Por el contrario, el denominador de la legítima, como aclara el artículo 818 CC, viene dado por el patrimonio ficticio, ya que se tienen en cuenta las donaciones realizadas en vida del causante a cualquiera persona²⁷ y, por tanto, bienes que, en realidad, ya no pertenecen a éste (para simplificar: caudal hereditario ficticio).

Esto significa que en presencia de un *donatum* es matemáticamente cierto que la atribución al testador de la legítima no acarrea, en ningún caso, que sea heredero en esta misma cuota, debiendo realizarse siempre un ajuste.

Con las apreciaciones anteriores no pretendo excluir *a priori* que el legitimario deba ser heredero, sino sólo señalar que, en presencia de un *donatum*, nunca existe correspondencia entre la legítima y la cuota hereditaria, siendo siempre necesario un ajuste.

Un ejemplo puede ayudar a verlo de manera más gráfica.

Imaginemos que María fallece dejando un único hijo, Pablo, y un testamento en el que instituye heredero universal a su amigo Juan. El testamento perjudica manifiestamente la posición del hijo, que tendría derecho a una legítima de dos tercios. La cuestión es si la legítima de 2/3 corresponde a una parte igual de la herencia y, por tanto, si el legitimario debe ser considerado heredero en 2/3²⁸.

En ausencia de *donatum*, esa parte atribuida por la ley también podría corresponder (en ausencia de legados o donaciones que se le hayan hecho) a su parte de herencia. Ello se debe a que las cantidades de referencia son, en sustancia, iguales. En cambio, cuando existe un *donatum*, las dos magnitudes de referencia se hacen diferentes, con la consecuencia de que la legítima no corresponde a la cuota hereditaria.

Empecemos por el primer caso.

²⁶ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 326, «si bien tanto la sucesión universal como el derecho del legitimario se expresan en partes alícuotas de un todo, se trata, para la una y el otro, de un todo absolutamente diferente. Y por eso, cuando se pone en relación el todo llamado «caudal relicto» con los derechos de los legitimarios las proporciones que a éstos corresponden en aquél pueden ser muy distintas de las calculadas sobre la masa que ha servido para fijar la cuantía de sus cuotas».

²⁷ STS 21 abril de 1990. RJ 1990\2762.

²⁸ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 326, «En suma cuando digo que *Secundus*, hijo de *Primus*, tiene derecho en cuanto legitimario, a las dos terceras partes de sus bienes, y que *Quartus* ha sido instituido heredero por *Primus* en las dos terceras partes de sus bienes, digo dos cosas que no son necesariamente iguales, ni suelen serlo, y que pueden ser opuestas».

Supongamos un *relictum* de 90, un *debitum* de 30. Pablo, como legitimario, tiene derecho a recibir una porción de bienes de 2/3 de la masa ficticia, es decir, bienes por valor de 40 (2/3 de 90-30+0). Si dijéramos que el hijo es heredero en la cuota de 2/3, obtendría bienes por un valor exactamente correspondiente a la cuota de los bienes reservados, porque participaría en 2/3 en el *relictum* y en el *debitum*, con el resultado de que terminaría con una ganancia neta de 40 (tendría derecho a 2/3 del *relictum*, es decir, 60, pero tendría que contribuir al pago de 2/3 de las deudas de la herencia, es decir, 20). En ausencia del *donatum*, podemos decir que la parte de la herencia que el ordenamiento jurídico reserva al legitimario corresponde, para la hipótesis de que lo sea (legitimario instituido heredero, pero en una parte inferior) o vaya a serlo (legitimario preterido), a la parte en la que se le considerará heredero.

Pasemos al segundo caso. Supongamos un *relictum* de 120, un *debitum* de 30 y un *donatum* de 30 a favor de un tercero. A Pablo, como legitimario, le corresponde una legítima de 2/3, igual en este caso a 80 (2/3 de 120-30+30). Si dijéramos que Pablo es heredero en la cuota de 2/3, no obtendría bienes por el valor de la legítima, ya que participaría en 2/3 en el *relictum* (80) y en el *debitum* (20), con lo que acabaría teniendo una ganancia neta de 60. Esto demuestra que la legítima atribuye a Pablo una parte de la herencia significativamente mayor que 2/3. Le atribuye una cuota hereditaria de 8/9 (en el *relictum* obtiene 106,66, y paga el *debitum* de 26,66, resultando una ganancia neta de 80), con la consecuencia de que Juan, aunque instituido heredero universal, queda heredero de la cuota de 1/9 y sólo obtiene 10 (obtiene en el *relictum* 1/9, es decir, 13,33, pero paga deudas de 1/9, es decir, 3,33).

Este ejemplo pone de manifiesto que, en presencia de un *donatum*, la porción de los bienes que el ordenamiento jurídico reserva al legitimario no se corresponde, en caso de que el legitimario sea (legitimario instituido heredero, pero en una parte inferior) o vaya a ser heredero (legitimario preterido), con la parte en la que será considerado heredero.

La medida en que el legitimario será heredero no se corresponde exactamente con la cuota de los bienes reservados y esa medida debe determinarse en cada caso concreto comparando lo que realmente se ha heredado con el patrimonio hereditario activo.

Y aún hay más, porque en el caso de que el legitimario haya obtenido un legado, es muy posible que, incluso en ausencia de *donatum*, no exista necesariamente una correspondencia entre la legítima y la cuota de herencia.

Retomando el primer caso, imaginemos que María mediante testamento instituye heredero universal a su amigo Juan y lega a su hijo Pablo un bien del valor de 20. Pablo, como legitimario, tiene derecho a obtener 2/3 del caudal hereditario, es decir, bienes por valor de 40 (2/3 de 90-30+0). Ya ha obtenido en concepto de legado 20 y debe, por tanto, conseguir otros 20.

Si dijéramos que el hijo es heredero en los 2/3 de la herencia, obtendría bienes por valor superior a la legítima. En el presente caso, imaginando que, como heredero, se convierte también en legatario, hay que imaginar que debe ser heredero por ½, para poder obtener otros 20 y satisfacer así la legítima de 2/3, igual a 40. Incluso en ausencia de *donatum*, pero en presencia de un legado a favor del legitimario, podemos decir que la legítima no corresponde a la parte en la que el legitimario debe convertirse en heredero.

Esta observación, aunque no pretende constituir un prejuicio *a priori* que niegue que el heredero forzoso sea o deba ser heredero, sirve para aclarar que, desde un punto de vista pura y estrictamente técnico, la legítima no se corresponde con una cuota de herencia y aunque se quisiera afirmar que el legitimario debe ser heredero, siempre es necesario convertir su legítima en una cuota hereditaria.

6. SEGUNDA CONSIDERACIÓN: EN AUSENCIA DE LESIÓN, EL LEGITIMARIO NO TIENE ACCIÓN. SI HA CONSEGUIDO LA LEGÍTIMA POR DONACIONES O LEGADOS, NO SE CONVIERTE EN HEREDERO

Una segunda consideración importante, también a efectos de comprender la naturaleza de las normas españolas de protección de los legitimarios, se refiere a los remedios que, en general, el ordenamiento jurídico prevé a favor de los herederos forzados.

Como ya he tratado de poner de manifiesto en la ilustración de la regulación, excluida la norma que prohíbe al testador imponer gravámenes, condiciones o sustituciones sobre la legítima, todos los demás remedios a favor del legitimario y, en particular, la acción de complemento, la reducción de las disposiciones testamentarias y donaciones inoficiosas e incluso la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial en caso de preterición no intencional de todos los descendientes, requieren una actividad por parte del legitimario, es decir, que éste pretenda hacerlos valer.

Nadie puede dudar de que, incluso en presencia de disposiciones testamentarias que mengüen la legítima, no tiene lugar el com-

plemento si los herederos forzados no la solicitan. Esta es la razón por la que, en referencia tanto a la acción de complemento, como a la acción de reducción y a la acción de anulabilidad, puede decirse que son remedios disponibles, en el sentido de que el legitimario puede renunciar a ellos expresa o tácitamente, tras la apertura de la sucesión.

Además, la imperatividad de las normas protectoras de la legítima sólo se aplica antes de la apertura de la sucesión, en el sentido de que está prohibida cualquier forma previa de renuncia o transacción sobre la legítima (v. art. 815 CC), mientras que es admisible cualquier acto de disposición posterior, de modo que un pacto sobre la legítima, una vez abierta la sucesión, ni siquiera tiene la consideración de pacto sucesorio.

Si un heredero forzoso es excluido de la sucesión testamentaria de su ascendiente, mientras éste no pida su legítima, la sucesión seguirá rigiéndose por el testamento, aunque contenga disposiciones que mengüen la legítima. Por ello se sostiene que el testamento (*recte*: las disposiciones testamentarias que lesionan la legítima) no son nulas, sino perfectamente válidas y eficaces y sólo están sujetas a la posibilidad de ser declaradas inoficiosas a petición del heredero forzoso perjudicado.

Hay que añadir que el requisito indispensable para que sean efectivos los remedios a favor de los herederos forzados es el menoscabo de la legítima, es decir, que el legitimario haya obtenido, por cualquier título, menos de la porción reservada que le corresponde²⁹.

Podría decirse que el interés que subyace en el conjunto de remedios previstos por el Código civil para proteger a los herederos forzados es una violación de la legítima material, o sea, haber conseguido menos que la legítima³⁰. Así se desprende de todas las normas que prevén un remedio, en las que siempre se hace referen-

²⁹ STS 142/2001 de 15 febrero. RJ 2001\1484, «Por otra parte, en nuestro sistema legitimario el testador puede dejar la legítima «por cualquier título», sin excluir ninguno, por tanto «inter vivos» o «mortis causa». Así lo dispone el artículo 815 del Código Civil. La sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1981 (RJ 1981, 534) declaró que el heredero forzoso, a quien en vida haya hecho alguna donación su causante, no puede considerarse desheredado ni preterido, y sólo puede reclamar que se complete su legítima, al amparo del artículo 815».

³⁰ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 318, «aunque por ejemplo el art. 808 dice que *constituyen la legítima de los hijos ... las dos terceras partes del haber hereditario*, no es indispensable que el testamento diga:» sea heredero mi único hijo en las dos tercias partes». Podrá este hijo no tener derecho a nada si ya recibió en vida los dos tercios del caudal computable a efectos de la legítima, o bien derecho a todo si la tercera parte de ese caudal se había dado ya en vida a un extraño».

cia, directa o indirectamente, a una reducción de la legítima o a la no atribución de esta³¹.

Cuando el heredero forzoso ha conseguido la porción de bienes que le corresponde en concepto de donación, aunque no esté considerado en el testamento, no puede hacer nada, porque el interés protegido no se ve afectado en absoluto³².

Asimismo, cuando el descendiente ha recibido su propia legítima a título de legado, aunque no estuviera instituido heredero, no tendría derecho a reclamar nada, ni podría, como ocurre en el Derecho italiano, renunciar al legado y reclamar la legítima.

Ello explica también que las normas de protección de los legitimarios no crean un tipo de sucesión autónoma y distinta de la testada e intestada, sino que sólo sirven para garantizar, por diversos medios, que el legitimario consiga la legítima material³³.

El requisito esencial para impulsar los remedios que la ley prevé para la protección de los herederos forzados es, por tanto, que no hayan recibido la legítima, ya sea en concepto de herencia, legado o donación.

Esto también se aplica en el caso del remedio automático del artículo 813 CC, es decir, la prohibición de la imposición de gravamen, condición o sustitución sobre la legítima. El hecho de que se establezca como remedio automático no excluye, pues, la necesidad de una excepción por parte del legitimario, porque en ausencia de tal excepción no creo que ese remedio pueda operar contra la voluntad del legitimario.

Si el testador instituyera un descendiente solo en la legítima e impusiera un gravamen, siempre que el legitimario no se opusiera, no creo que ese gravamen pudiera reputarse ineficaz, pues siempre

³¹ STS 695/2005 de 28 septiembre. RJ 2005\7154 «Del mismo modo, el legitimario que hubiera recibido íntegramente la legítima por herencia, legado o donación, carece del derecho a reclamarla como heredero forzoso, independientemente del título de su atribución por el causante, pues no ha sido favorecido por una delación legal inmediata y directa».

³² TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)», 2016, p. 359, «ni todo legitimario es heredero, ni este tiene que coincidir necesariamente con aquél, sino que solo será heredero si el testador así lo ha querido (artículos 815 y 763 CC) o bien porque lo es abintestato (artículos 913 y 930 CC). Así se destaca en la STS 20 de junio de 1986 (RJ 1986, 4558), donde se pone de relieve que el legitimario no ha de ser necesariamente heredero pues en nuestro Derecho no es obligatoria la institución de heredero (artículo 764 CC) ni esta ha de recaer necesariamente a favor de heredero forzoso, en cuanto que estos solo tienen derecho a la legítima [STS 17 de julio de 1996 (RJ 1996, 5800)]».

³³ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 327, «la legítima cuando se cumple, actúa como un freno del cual no ha habido que hacer uso, y por tanto no es siempre una forma singular de suceder: el legitimario será heredero, o legatario, o donatario según haya establecido el causante, y sucederá por ese título. El que su derecho a obtener una determinada cantidad de bienes nazca de la ley, con carácter imperativo, en algún modo transforma sin más a la institución de heredero, al legado o la sucesión intestada, en un modo distinto de suceder».

debe dejarse al legitimario la posibilidad de ejecutar voluntariamente el testamento, aunque ello suponga una limitación de su legítima.

7. TERCERA CONSIDERACIÓN: LAS NORMAS SOBRE HEREDEROS FORZOSOS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL PROTEGEN LA LEGÍTIMA MATERIAL Y NO FORMAL

Las reflexiones hechas en el párrafo anterior sirven, no para excluir radicalmente que los legitimarios puedan ser herederos, sino para afirmar que el interés protegido por las normas sobre herederos forzados es la adquisición de la legítima material³⁴, de modo que los remedios presuponen siempre, desde el punto de vista objetivo, la lesión del interés protegido, es decir, la lesión de la legítima material³⁵, y desde el punto de vista subjetivo la iniciativa del legitimario lesionado, que debe solicitar el remedio.

De estas consideraciones se desprende que en el supuesto de que el heredero forzoso haya obtenido su legítima, aunque sea en concepto de donación o legado, no cabe la activación de los remedios que la ley prevé para la protección de su posición jurídica³⁶, porque no existe lesión del interés protegido³⁷.

³⁴ Para la distinción entre legítima formal y material, v. MIQUEL GONZÁLEZ, «Legítima material y legítima formal», 2009, pp. 500 ss., «La legítima material es la porción de bienes de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por eso herederos forzados (artículo 806 CC)... La legítima formal está representada por la carga de mencionar a los hijos en el testamento para claridad de la voluntad del testador respecto de ellos o, si se quiere, para dejar constancia de que usa la libertad de testar teniéndolos en cuenta con independencia de si les hace o les ha hecho atribuciones patrimoniales. Se manifiesta en la sanción de la preterición no intencional.».

³⁵ STS 468/2019 de 17 septiembre. RJ 2019\3619, «El legitimario puede recibir por cualquier título apto su legítima; en otro caso de ser totalmente desconocidos sus derechos podría haber una desheredación o preterición injusta, salvo que procediera claro está la sucesión abintestato (art. 813 CC). La expresión «por cualquier título», a la que se refiere el art. 815 del CC, implica que al legitimario se le puede atribuir su legítima, tanto a título de herencia (STS 24 de enero de 2008 (RJ 2008, 306)), de legado (SSTS de 21 de febrero de 1900, 25 de mayo de 1917, 20 de junio de 1986 (RJ 1986, 4558), 17 de julio de 1996 (RJ 1996, 5800) entre otras), o de donación (SSTS 20 de febrero de 1981 (RJ 1981, 534) y 24 de enero de 2008 »).

³⁶ RIVERA FERNÁNDEZ: «Comentario art. 815», p. 849: «la legítima no supone una atribución a título de herencia, ni un deber del causante de nombrar heredero al legitimario. Por el contrario, la expresión por cualquier título del 815 supone un deber genérico de atribución que el causante puede cumplir *inter vivos* o *mortis causa*. Este, no sólo puede seleccionar los bienes imputables en pago de su legítima a los legitimarios, sino también el título de atribución: institución de heredero, legado o donación».

³⁷ Reiterada jurisprudencia ha venido reconociendo la posibilidad de atribuir la legítima por cualquier título tanto herencia (STS 24 enero 2008 [RJ 2008, 306]), como legado

En consecuencia, debe concluirse, en coherencia con lo que establece el artículo 815 CC, que en este supuesto el legitimario no deviene heredero³⁸.

Otra cosa es, sin embargo, que el legitimario no haya recibido la legítima (es decir, preterición total) o la haya recibido sólo en parte bien en concepto de herencia, bien en concepto de legado o donación.

En estos supuestos, dado que se da el presupuesto objetivo de la lesión, es necesario establecer a qué título y en base a qué mecanismo se atribuyen al legitimario bienes para completar su legítima.

Estoy convencido, anticipándome al resultado que me propongo desarrollar, de que el título en virtud del cual los bienes se atribuyen concretamente en estos supuestos al legitimario perjudicado no puede ser el mismo por el que el legitimario ya ha recibido su cuota de legítima material (además faltaría en el caso de preterición), sino que debe siempre ser el de heredero³⁹. Lo que hay que subrayar es que ese título no es el interés realmente protegido por el ordenamiento jurídico, sino sólo el medio técnico que permite realizar el verdadero interés protegido, es decir, la legítima material.

Si el interés real y concreto del ordenamiento jurídico fuera que el legitimario adquiriera la condición de heredero no podrían existir supuestos en los que el legitimario no fuera también heredero. La circunstancia de que existan demuestra que la adquisición de la condición de heredero en sí misma, eso es la legítima formal, no constituye el interés concretamente protegido por la norma.

(SSTS 17 julio 1996 [RJ 1996, 5800] y 20 junio 1986 [RJ 1986, 4558]) o donación (SSTS 24 enero 2008 [RJ 2008, 306] y 20 febrero 1981 [RJ 1981, 534])

³⁸ Lo mantiene también aquella doctrina según la cual la legítima constituye una *pars hereditatis*. V. RODRÍGUEZ-ROSADO, 2017, RB-6.3, afirma: «De forma general, la norma no va más allá de excluir la preterición cuando al legitimario se le han realizado atribuciones testamentarias, equiparando entonces su tratamiento al de otro legitimario cualquiera al que se le hubiesen dejado a título de heredero bienes insuficientes para cubrir su legítima. Por esa vía indirecta, abre un cierto resquicio en el sistema del Código, que el testador puede incluso aprovechar para privar al legitimario de la condición de heredero, siempre y cuando cumpla con todas las previsiones legales y respete la legítima material. Por ello, no creo que el legitimario a quien se haya dejado a título de legado bienes suficientes para cubrir su legítima pueda renunciar al legado y reclamar la herencia a título de heredero. Pero eso no significa que el artículo permita subvertir el sistema del Código, transformando al legitimario en un mero perceptor de bienes».

³⁹ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 325, «la legítima, entonces, si bien no supone una vocación efectiva operante en la dinámica del fenómeno sucesorio, continúa existiendo y sirviendo de freno y regulador a través de las vicisitudes de la sucesión. Su subsistencia se revelará, así, siempre que se compruebe la infracción de su cuantía o su intangibilidad cualitativa, autorizando entonces a modificar las vocaciones testamentaria o abintestato, reducir donaciones o legados, anular gravámenes impuestos en el testamento, impugnar transmisiones fraudulentas y simuladas etc.».

En cambio, la circunstancia de que no existan supuestos en los que el legitimario no tenga derecho a obtener la porción de bienes que le corresponden demuestra que la legítima material es el interés, inmediata y directamente, protegido por el sistema jurídico.

8. LOS REMEDIOS: ACCIÓN DE COMPLEMENTO DE LA LEGÍTIMA MEDIANTE LA REDUCCIÓN DE LAS DISPOSICIONES INOFICIOSAS

Una primera lectura de las normas de los arts. 815, 817 y 820 CC podría dar la impresión de que existe una diferencia entre la acción de complemento de la legítima recogida en el artículo 815 CC y la acción de reducción de disposiciones testamentarias del artículo 817 CC, sin olvidar que en este último caso ni siquiera quedaría claro, a partir de la lectura del artículo 820 CC, en qué orden debe realizarse la reducción; orden que, por otra parte, está claramente indicado en el artículo 814.2 CC para el supuesto de preterición.

Aunque la letra de la ley no es especialmente afortunada, creo que no existe ni puede existir diferencia sustantiva entre ambas acciones y que las normas protectoras de la legítima material deben analizarse en su conjunto, sin posibilidad de establecer una distinción entre complemento y reducción⁴⁰.

Cuando el artículo 815 CC establece que el heredero forzoso a quien el testador haya dejado, por cualquier causa, menos de la legítima que le corresponda, podrá solicitar el complemento, la norma se limita a identificar el requisito previo, pero no indica el mecanismo técnico a través del cual puede atribuirse este complemento⁴¹. El mecanismo técnico está, en cambio, recogido en los

⁴⁰ LACRUZ BERDEJO, 2009, pp. 383 s., «desde luego, son acciones distintas (aunque a veces concurrentes) la llamada «de suplemento» y la de reducción de legados. En realidad los nombres son pocos significativos, porque cualquier acción de reducción es, por su propia naturaleza, de suplemento, en cuanto supone una legítima insuficiente tratando de alcanzar el nivel debido a costa de disminuir la cuantía de las pretensiones ajenas sobre el caudal relicto, o detraer bienes del causante ya adquiridos por otro; mientras la exigencia de un suplemento lleva consigo una reducción de la cuantía de los derechos sucesorio de quien suple, o a cuya coste se suple. Suplemento y reducción son, en suma, las dos caras de una misma medalla que se presentan, de hecho, concomitantes, tanto en la que llamamos «acción de suplemento de la legítima» del art. 815, como en la denominada «acción de reducción de legados» de los arts. 820 ss.; ambas aludidas con el único nombre de «reducción de disposiciones testamentarias» en el art. 817».

⁴¹ TÓRRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)», 2016, p. 380, «en los casos en que se atribuye al legitimario menos de lo que por legítima le corresponde, puede pedir el complemento de la misma: se consagra así la acción de complemento o de suplemento de la legítima, que excluye la de preterición, y que va dirigida a reducir la institución de heredero».

arts. 817 y 820 CC, donde se aclara que consiste en la reducción de las disposiciones testamentarias y, posteriormente, en la reducción de las donaciones inoficiosas⁴².

Es necesario tratar de comprender en cualidad de qué obtiene la legítima el heredero forzoso, ya que se trata de una cuestión que lejos de ser puramente dogmática, tiene consecuencias prácticas y aplicativas muy importantes, que exigen una respuesta convincente y precisa para dar coherencia al sistema.

Teniendo en cuenta que la legítima no es un mero derecho de crédito del legitimario, considerar el complemento, como una mera atribución patrimonial que se hace al heredero forzoso para que consiga la legítima, es insuficiente para explicar el título en virtud del cual se hace esta atribución y, sobre todo, la naturaleza de esta. Si los demás herederos o legatarios se limitaran a completar la parte del heredero forzoso, estaríamos esencialmente en presencia de una atribución *inter vivos* por el heredero o legatario a favor del heredero forzoso, con todas las consecuencias que de ello deberían acarrearse.

Esta solución no es coherente con el sistema sucesorio del CC, en el que el llamado complemento de la legítima debe atribuirse al heredero forzoso en concepto sucesorio. Debe descartarse, por tanto, que el complemento de la legítima pueda realizarse por una atribución *inter vivos*, es decir, por una atribución que le hagan directamente otros causahabientes del causante, y suponer que el complemento se atribuye al heredero forzoso a título sucesorio y directamente por el causante, o, mejor dicho, mediante una adquisición directa por el *de cuius*.

Tampoco es plenamente convincente la afirmación de que se conserva el título de la adquisición, ya que es difícil imaginar tal conservación si no hay cambio en su extensión⁴³. El cambio de

⁴² En este sentido, RIVERA FERNÁNDEZ: «Comentario art. 815», p. 850: «puede pedir el complemento de la misma, mediante la reducción, no anulación (STS 15 febrero 2001 [RJ 2001, 1484]), del resto de las atribuciones patrimoniales realizadas por el causante. El artículo 815 CC parte de la innecesidad de la declaración de los legitimarios (herederos forzosos) como herederos formales».

⁴³ V. TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)» *Tratado de legítimas*, Teodora F. Torres García (coord.), Barcelona, Atelier Civil, 2012, p. 51, «Igualmente nada se dice del título por el que recibirá su complemento. Estamos para un sector doctrinal ante un supuesto típico de vocación legitimaria *mortis causa* recogida en nuestro ordenamiento sucesorio, por ello ante este silencio del legislador la solución no debe ser otra que mantener que el mismo título por el que recibe el complemento cuantitativo recibió previamente la cuantía principal pero insuficiente. Por herencia si el testador había instituido heredero al legitimario o a título singular en caso contrario Siendo la primera consecuencia de mantener que estamos ante un caso de vocación legitimaria que no da lugar la acción de complemento a la apertura de la sucesión *ab intestato*». LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 386, «la generalidad de la doctrina piensa que el suplemento se recibe por el mismo título que el principal, es decir, por herencia si el testador había instituido heredero al legitimario, y a título singular en caso contrario: en este último caso se tratará,

extensión del título del heredero sólo puede ser la extensión de su cuota, mientras que la extensión de la donación o del legado es casi imposible de imaginar. Es técnicamente imposible explicar cómo el legado de un bien o de una porción de bienes pueda dar lugar también a la adquisición de otro bien distinto, para complementar la legítima, sobre todo si consideramos que el legado es una disposición *mortis causa* a título particular. Asimismo, es difícil, para no decir imposible, explicar cómo la donación de un determinado bien o de una determinada porción de bienes pueda dar lugar, tiempo después, a la atribución de otros bienes distintos de los que fueron objeto de la donación en su momento.

Por último, ni siquiera resulta plenamente convincente que se trate de una verdadera acción de petición de herencia⁴⁴, pues presupone la condición de heredero que, por el contrario, el legitimario no necesariamente tiene *a priori* y que sólo puede alcanzar, como efecto mediato, tras la reducción de las instituciones de heredero.

Desechadas estas reconstrucciones, la única posibilidad que permite considerar que la adquisición de la legítima se produce *mortis causa* y por el causante, es asumir que el mecanismo técnico por el que se atribuye la legítima al heredero forzoso es la reducción de las disposiciones testamentarias lesivas⁴⁵. Reducción que se traduce en la vacante de una porción de la herencia, que se atri-

más que de legado, de una sucesión legal que, aun refiriéndose siempre a una parte alícuota de la herencia, no constituirá legado de parte alícuota, sino sucesión particular en unos bienes o cantidades».

⁴⁴ RODRÍGUEZ-ROSADO, 2017, RB-6.5, «En consecuencia, si se sostiene esa interpretación, que me parece mucho más coherente, todos los supuestos que la doctrina mayoritaria engloba en la acción de suplemento, la de reducción de legados, la de preterición y la de desheredación injusta, se resolverán en la acción de petición de herencia. El legitimario, heredero forzoso, que ha recibido menos de lo que le corresponde, o ha sido excluido injustamente de la herencia, ejercitará una acción, como heredero por delación *ex lege* que es, para obtener por este título la cuota que le corresponde en el caudal relicto, reduciendo en su caso los legados ordenados por el testador, conforme al artículo 820. El plazo, naturaleza y requisitos de esa acción serán, lógicamente, los que ya se expusieron para esa acción general de petición de herencia. Esta interpretación es, además, la que parece estar encontrando acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». El autor da en el clavo cuando afirma que un legitimario que haya obtenido menos de lo que le corresponde sólo podrá obtener la herencia material como heredero. Creo, sin embargo, que la adquisición de la cualidad de heredero es sólo una consecuencia mediata de la acción de reducción, que tiene como único efecto la ineffectiva de unas instituciones sucesorias ineficaces.

⁴⁵ TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)», 2016, p. 359, «se consagra así la acción de complemento o de suplemento de la legítima, que excluye la de preterición, y que va dirigida a reducir la institución de heredero, si bien su ejercicio no da lugar a la nulidad de la institución, ni del testamento, sino que su finalidad es reducir el contenido patrimonial de otras atribuciones para completar la cuantía de la legítima [SSTS 8 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2023), 6 de abril de 1998 (RJ 1998, 1913), 15 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1484)]. STS 2 de octubre de 2014 (RJ 2014, 4714) donación inoficiosa que procede su reducción en el exceso».

buye al heredero forzoso, quien, en su virtud, tiene derecho a adquirir bienes suficientes para complementar su legítima⁴⁶.

El instrumento técnico con el que el ordenamiento jurídico protege a los herederos forzosos que no han obtenido la legítima material es precisamente la legítima formal.

Técnicamente, la reducción de las disposiciones testamentarias da lugar a la vacante de una cuota hereditaria que, atribuida al heredero forzoso, constituye el título que le permite adquirir bienes suficientes para completar (*recte*: complementar) su legítima⁴⁷.

En cambio, la reducción de donaciones, a la que se puede recurrir cuando no existen otras disposiciones testamentarias que reducir y, por tanto, cuando la cuota hereditaria del heredero forzoso ya se encuentra en su límite máximo posible, da lugar a la ineficacia de las donaciones, que, por tanto, revierten a la herencia y son adquiridas por el heredero forzoso en función de su cuota hereditaria.

9. FORMA Y ORDEN DE REDUCCIÓN DE LAS DISPOSICIONES QUE MENGUAN LA LEGÍTIMA

Antes de analizar en detalle el mecanismo técnico por el que opera la reducción de las disposiciones lesivas, es necesario analizar la forma y el orden en que debe efectuarse la reducción.

En primer lugar, debe ejercitarse una acción de reducción contra las disposiciones testamentarias y, posteriormente, una vez agotadas todas las disposiciones testamentarias, podrá ejercitarse una acción de reducción de las donaciones.

La consideración de la reducción como la acción por la que el legitimario perjudicado impugna la disposición lesiva (sea disposición testamentaria o donación) con el objeto de privarla de eficacia, permite también resolver ciertos problemas relacionados con la naturaleza de la acción⁴⁸. Esta configuración permite afirmar

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 322, «si el legitimario nada recibió en vida del causante ni es mencionado en el testamento, puede llegar a ser sucesor anulando o reduciendo la institución de heredero o, en su caso, los legados».

⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 328, «lo que se ha alterado, no es la asignación de unos bienes a una o otra persona, como en los legados, sino precisamente la proporción en que los bienes deben asignarse. Por eso si surgen nuevos bienes la reducción les alcanzará exactamente en las mismas proporciones».

⁴⁸ RIVERA FERNÁNDEZ: «Comentario art. 817», p. 861: «La acción de reducción, como tantas otras en el derecho de sucesiones, carece de plazo de prescripción establecido legalmente. Un sector doctrinal considera que la acción es de naturaleza personal y sujeta al plazo de quince años de prescripción (artículo 1964 CC); otro sector, por su parte, entiende aplicable el artículo 646 CC y el plazo de cinco años allí establecido; mientras no faltan quienes consideran la acción de carácter resarcitorio y, por lo tanto, aplicable el plazo cuatrienal del artículo 1299 CC, esencialmente, cuando el legado ha sido entregado (STS 4

que la reducción es una acción de carácter personal, cuyo plazo de prescripción, a falta de norma específica, debe ser el plazo ordinario de cinco años fijado por el artículo 1964 CC.

En cuanto al modo de reducción de las disposiciones testamentarias, aunque existe un aparente conflicto entre lo que parece establecer el artículo 820 CC y lo que establece el artículo 814.2 CC, creo que la solución debe ser uniforme⁴⁹.

En primer lugar, deben reducirse las disposiciones testamentarias a título de heredero⁵⁰ y, posteriormente, los legados y demás disposiciones⁵¹. Se trata de una opción puramente discrecional del legislador, pero no creo que sea posible afirmar que el orden de reducción de las disposiciones deba ser distinto en el supuesto de reducción que en el de preterición. De un examen global de la regulación contenida en el CC español, me parece plausible que la elección, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho italiano, sea en el sentido de que primero se reduzcan las instituciones de herederos y después los legados y demás disposiciones⁵².

La reducción se produce siempre de forma proporcional, salvo que exista una disposición testamentaria de preferencia, es decir, salvo que el testador haya establecido la preferencia de una disposición sobre la otra. Aunque el artículo 820 CC parece admitir explícitamente sólo la posibilidad de una disposición de preferencia respecto de los legados, no creo que existan razones de fondo por las que tal disposición no pueda aplicarse también a las instituciones de herederos. La norma que establece que las instituciones de herederos deben reducirse proporcionalmente no me parece que tenga carácter imperativo y que no permite derogación por parte del testador.

marzo 1999 [RJ 1999, 1401] y 12 julio 1984 [RJ 1984, 3944]), circunstancia ésta última que puede ser impedida por el legitimario en relación al albacea en tanto en cuanto no se realicen las operaciones particionales (RDGRN 20 septiembre 1988 [RJ 1988, 7159]).».

⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 385. TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)», 2016, p. 382.

⁵⁰ C. LASARTE, 2008, p. 238.

⁵¹ V. TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 53, «El precepto (art. 817 CC) se refiere a cualquier disposición testamentaria, sea a título de herencia o legado. Siguiendo el criterio del art. 814 CC, la reducción debe afectar en principio a la institución de heredero, respetando los legados en tanto en cuanto no sean inoficiosos. Esta acción puede utilizarse de forma mixta junto con la acción de complemento del art. 815, pero puede aparecer como acción autónoma cuando el testador se limite a reconocer su derecho a un legitimario (lo que excluye la preterición del art. 814 CC), y agote todo el caudal con disposiciones testamentarias a favor de otras personas, sean extraños o legitimarios distintos al perjudicado (STS 1.7.69, RJ 3824)».

⁵² RIVERA FERNÁNDEZ: «Comentario art. 817», p. 860: «El legitimario perjudicado cuantitativamente, pero ni preterido ni injustamente desheredado, podrá ejercitar sucesivamente y no alternativamente: 1.^º La acción de reducción de la institución de heredero o acción de suplemento en sentido estricto. 2.^º La acción de reducción de legados, a prorrata, excepto cuando el causante hubiese dado carácter preferente a alguno de ellos. 3.^º La acción de reducción de donaciones, empezando por la de fecha más reciente».

Una vez admitido que la disposición de preferencia puede afectar tanto al legado como a las instituciones de herederos, partiendo de la base de que primero deben reducirse las disposiciones testamentarias y después los legados, debe quedar claro que la preferencia sólo puede aplicarse dentro de la categoría y no permite subvertir el orden de reducción entre las categorías.

En un sistema jurídico como el italiano, en el que todas las disposiciones testamentarias deben reducirse proporcionalmente, no cabe duda de que la disposición testamentaria de preferencia puede determinar la preferencia de un legado sobre una institución de heredero y viceversa. En cambio, en un sistema jurídico como el español, en el que, como he tratado de aclarar, el legislador establece que deben reducirse las disposiciones testamentarias y luego los legados, la disposición testamentaria de preferencia no puede, a mi juicio, subvertir este orden, de modo que no es posible preferir un legado a una institución de heredero⁵³.

Partiendo de esta premisa, creo que el testador puede establecer un orden de preferencia entre las instituciones de herederos y un orden de preferencia entre los legados, mientras que no podría, según mi criterio, preferir un legado a una institución de heredero.

Por lo que respecta al orden de reducción de las donaciones, se debe proceder en primer lugar a la reducción de la donación más

⁵³ Una solución diferente podría derivarse de una interpretación del último párrafo del artículo 814 del Código Civil, según el cual «a salvo de las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador». Para validar esta interpretación habría que valorar, sin embargo, la relación entre esta regla y la contenida en el primer párrafo de la misma norma, que establece que «se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias». En mi opinión, la regla contenida en el primer párrafo, que establece el orden de reducción de las disposiciones testamentarias, es imperativa, también para proteger los intereses de terceros, mientras que la regla contenida en el último párrafo es una aclaración de las reglas especiales que se aplican en caso de preterición y sirve para decir que en caso de preterición, sin perjuicio de lo que corresponda al legitimario preterido, en lo demás y en la medida de lo posible se dará preferencia a lo establecido por el testamento. Las normas relativas al orden de reducción, aunque constituyan una elección arbitraria del legislador, una vez establecidas tienen carácter imperativo, porque determinan el orden en que los actos de disposición realizados por el testador deben perder su eficacia, una vez que ya han producido sus efectos y, por tanto, una vez que ya han creado una confianza legítima en la adquisición. Por ello, mantengo la idea de que el carácter imperativo de la norma sobre el orden de reducción de las disposiciones testamentarias no permite al testador derogar dicho orden y, por tanto, que sólo puedan admitirse disposiciones de preferencia dentro de cada categoría, con la consecuencia de que no sería eficaz una disposición testamentaria por la que el testador quisiera preferir un legado a una institución de heredero.

Si, por el contrario, se quisiera considerar la norma sobre el orden de reducción de las disposiciones testamentarias como meramente dispositiva, no cabe duda de que, también a la luz de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 814 del Código Civil, habría que llegar a una conclusión distinta y afirmar que el testador puede derogar el orden de preferencia entre las distintas categorías de disposiciones testamentarias y, por tanto, que el testador puede preferir un legado a una institución de heredero.

reciente y, a continuación, proceder a las donaciones más antiguas, según un estricto criterio cronológico (véase el art. 656 CC).

Aclarada la unidad de las acciones en defensa del legitimario perjudicado y precisado que consisten esencialmente en la reducción⁵⁴, veamos con detalle cuáles son los efectos que acarrea esta acción.

10. LOS EFECTOS DE LA REDUCCIÓN DE LAS DISPOSICIONES LESIVAS

Las disposiciones que menguan la legítima no son nulas ni ineficaces en su origen. Muy al contrario, son perfectamente válidas y eficaces, pero pueden quedar sin efecto si prospera la acción de reducción⁵⁵.

En consecuencia, el efecto de la acción de reducción es, entre otros, dejar sin efecto la disposición testamentaria⁵⁶ o la donación que mengua la legítima, con la consecuencia de que la relación jurídica que en ella tenía su fuente se considera como si nunca se hubiese producido.

En el supuesto, que constituye el caso más común, en que la disposición lesiva determina una atribución patrimonial a favor del beneficiario, su ineficacia conlleva que esa misma atribución patrimonial, originariamente adquirida por el beneficiario, sea declarada ineficaz y, por tanto, se considera que la misma atribución patrimonial nunca se produjo, con la consecuencia de que el bien de esa atribución debe considerarse como si fuera parte del haber hereditario del *de cuius*. Si la disposición lesiva consistió, por ejemplo, en la transmisión de la propiedad de un bien, su reducción significa que la propiedad de ese bien se considera, a partir de la apertura de la sucesión, parte del *relictum* del causante.

La acción de reducción no determina, por tanto, *per se* y como efecto inmediato y directo, ni que la atribución sea adquirida por el

⁵⁴ TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)», 2016, p. 382, «Esta acción puede utilizarse; de forma mixta junto con la acción de complemento del artículo 815; pero puede aparecer como acción autónoma cuando el testador se limite a reconocer su derecho a un legitimario (lo que excluye la preterición del artículo 814 CC) y agote todo el caudal con disposiciones testamentarias a favor de otras persona, sean extraños o legitimarios distintos al perjudicado [STS 1 de julio de 1969 (RJ 1969, 3824)]».

⁵⁵ STS 28 de febrero de 1966 [RJ 1966, 2608].

⁵⁶ TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)», 2016, p. 382, «Las disposiciones testamentarias que disminuyan la legítima no son nulas de pleno derecho [STS 28 de febrero de 1966 (RJ 1966, 2608)], sino que podrán ser declaradas inoficiosas. La reducción solo puede tener lugar si lo solicita el legitimario perjudicado o sus herederos, voluntarios o forzados [STS 11 de octubre de 1943 (RJ 1943, 1034)]».

legitimario que actúa, ni la restitución del bien por parte del beneficiario de la disposición perjudicial que, entretanto, haya podido adquirir su disponibilidad. Es necesario, por tanto, aclarar cuál es el mecanismo exacto que determina la adquisición de la atribución patrimonial por el legitimario perjudicado que actúa, entendiendo por tal, precisamente, el efecto, inmediato y directo, de la acción de reducción, a diferencia del propio de la acción de restitución.

El efecto de la reducción no se limita a la ineeficacia de la disposición lesiva, pues es, a mi juicio, mucho más amplio. La sentencia de reducción, en primer lugar, constata que el demandante es legitimario; en segundo lugar, que el legitimario es perjudicado, es decir, que ha recibido del testador, por cualquier título (herencia, legado donación), menos de su legítima, indicando exactamente cuál es el alcance del perjuicio; en tercer lugar, se pronuncia sobre la ineeficacia de las disposiciones testamentarias lesivas en la medida necesaria para que el legitimario consiga su legítima; en cuarto y último lugar, redefine las cuotas hereditarias, estableciendo, en caso de que el legitimario sea heredero, que su cuota debe ser superior a la que resulta por ley o por testamento, reduciendo al mismo tiempo la de los herederos que sufren la reducción y, en caso de que el legitimario no fuera llamado a la sucesión (el caso sólo puede plantearse en el supuesto de sucesión testamentaria en que el legitimario sea preterido o desheredado injustamente), atribuyéndole la condición de heredero, indicando la cuantía de su cuota y reduciendo al mismo tiempo la de cualesquiera otros coherederos.

Queda claro, por tanto, a partir de esta descripción inicial, que el legitimario adquiere el bien o derecho objeto de la disposición reducida, no como efecto inmediato y directo de la sentencia de reducción, sino como efecto mediato e indirecto.

La sentencia determina que el bien vuelva al patrimonio del causante, desde allí lo adquiere el legitimario, en virtud de su cualidad de heredero, tal y como se redefinió o constató y definió en la sentencia de reducción. Por consiguiente, un momento fundamental de la sentencia de reducción, a menudo pasado por alto en la reconstrucción conceptual, es precisamente el consistente en la redefinición de las cuotas hereditarias.

Para comprender el mecanismo que subyace a la acción de reducción es necesario considerar cuatro consecuencias que aca-rrea y que, en síntesis, pueden resumirse así: a) constatación de la cualidad de legitimario; b) constatación de la lesión; c) pronunciamiento sobre la ineeficacia de la disposición lesiva; d) redefinición de las cuotas hereditarias.

Huelga decir que los dos primeros son mucho más sencillos de explicar y que los dos últimos, y sobre todo el cuarto, requieren un análisis mucho más profundo.

La complejidad de estos cuatro aspectos diferentes explica la naturaleza de la acción de reducción, es decir, una acción personal de impugnación que tiene, al mismo tiempo, carácter declarativo y constitutivo. Declarativo para los dos primeros aspectos, es decir, constatación de la condición de legitimario y de la lesión; constitutiva para los otros dos aspectos, es decir, pronunciamiento de ineffectuación de la disposición lesiva y redefinición de las cuotas hereditarias.

La *causa petendi* es la lesión del legitimario; el *petitum* es la constatación de la cualidad de heredero, su extensión y la ineffectuación de la disposición lesiva.

11. COMPROBACIÓN DE LA CUALIDAD DE LEGITIMARIO Y COMPROBACIÓN DEL PERJUICIO

La sentencia de reducción acarrea, en primer lugar, que el demandante es declarado legitimario del testador, es decir, que es cónyuge o descendiente, o ascendiente. A continuación, la sentencia determina cuál es el derecho concreto del legitimario, a la vista de la composición familiar del testador en el momento de su fallecimiento y de otros legitimarios con los que pueda concurrir.

Así, si el heredero forzoso fuera uno de los tres hijos del testador, la sentencia constatará que es legitimario, como hijo del testador, y constatará la legítima que le corresponde a cada legitimario. Suponiendo que el testador haya dejado cónyuge y tres hijos, determinará que la legítima del hijo, salvo disposición en contrario de la mejora, es de 2/9 (es decir, 2/3 dividido por 3). En esta primera fase de la valoración es necesario y suficiente tener en cuenta la composición familiar del causante en el momento de su fallecimiento.

Una vez determinada la condición de legitimario e indicada su legítima abstracta (o sea la fracción que le corresponde), la sentencia debe determinar si el legitimario resulta o no perjudicado, identificando el alcance exacto del perjuicio.

Para realizar esta apreciación, la sentencia debe comparar dos valores: lo que el legitimario recibió del causante, por cualquier título (herencia, legado, donación) y lo que le corresponde en concepto de legítima en concreto⁵⁷.

⁵⁷ STS 419/2021 de 21 junio. RJ 2021\2820, «Para determinar si la legitimaria ha recibido lo que le corresponde hay que calcular primero la legítima, conforme al art. 818 CC

El primer valor debe calcularse teniendo en cuenta todo lo que el legitimario ha recibido del causante en concepto de herencia o legado, y en vida de éste en concepto de donaciones o liberalidades indirectas. Deben tenerse en cuenta, por tanto, todas las atribuciones patrimoniales que el legitimario haya recibido⁵⁸, salvo que por alguna o algunas de ellas haya sido expresamente exonerado de imputarlas a su legítima.

Imaginemos que Juan, hijo del causante, ha recibido 20 en concepto de legado, 20 en concepto de herencia y 20 en concepto de donación anterior, es decir, ha recibido bienes por 60.

El segundo valor se calcula considerando lo que el legitimario debería haber obtenido como legitimario y se obtiene concretando la cuota abstracta reservada al legitimario respecto del caudal hereditario ficticio (*relictum-debitum+donatum*), conforme al artículo 818 CC⁵⁹. Suponiendo que la cuota de la herencia reservada a Juan es de 2/9 y suponiendo que caudal hereditario ficticio es de 486, resulta que la cuota de la herencia reservada a Juan es de 108.

En este caso, la sentencia tendrá que establecer que Juan ha obtenido bienes por valor de 60, que tenía derecho a obtener bienes por valor de 108 y que, por lo tanto, ha sufrido un perjuicio de 48.

12. INEFICACIA DE LA DISPOSICIÓN LESIVA

Constatada la condición de legitimario, constatada la lesión, la sentencia pronuncia la ineficacia de la disposición lesiva.

Digamos de entrada que existe una fortísima interrelación entre la reducción de la disposición perjudicial y la remodelación de las cuotas hereditarias, pues esta última se produce en función de la

(LEG 1889, 27) (computación), que ordena agregar al valor líquido de los bienes que quedan a la muerte del testador las donaciones que efectuó (todas las donaciones, también las efectuadas a favor de legitimarios que renuncian a la herencia). Se trata de una operación puramente contable que permite calcular el valor cuantitativo de la legítima global y de la parte disponible, así como las legítimas individuales (y, en su caso, la porción en que cabe mejorar).

⁵⁸ STS 20 febrero de 1981. RJ 1981\534. En el mismo sentido, STS 29/2008 de 24 enero. RJ 2008\306 «La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias citadas, de 31 de abril de 1990 SIC y 28 de septiembre de 2005. artículo 819 del Código civil, que se refiere a la imputación de las donaciones».

⁵⁹ STS 29/2008 de 24 enero. RJ 2008\306 «El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*; así lo dicen expresamente las sentencias de 17 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2161) y 28 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7154) y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990 (RJ 1990, 2762), 23 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8280) y 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3248) artículo 818 del Código civil».

reducción y para permitir, en concreto, que el legitimario perjudicado adquiera los bienes objeto de la disposición perjudicial, justificando la simultánea pérdida (reducción parcial o total) de dichos bienes por los beneficiarios de las disposiciones sujetas a reducción.

Conscientes de esta fuerte interrelación de los efectos de la acción de reducción, es necesario analizar con más detalle el efecto consistente en el pronunciamiento de ineficacia de la disposición lesiva.

Como señalábamos al principio, la disposición lesiva (sea testamentaria, donación o liberalidad indirecta) es válida y eficaz, pero sujeta al pronunciamiento de ineficacia, en el caso de que el legitimario ejercite la acción de reducción.

El efecto de la sentencia de reducción es dejar sin efecto⁶⁰ la disposición testamentaria lesiva, con el resultado de que ya no justifica el efecto originariamente producido. Los bienes objeto de la disposición lesiva que habían sido adquiridos originariamente por el beneficiario revierten al patrimonio del testador, precisamente por la ineficacia sobrevenida de la disposición, que ya no es capaz de justificar y soportar (total o parcialmente) la atribución patrimonial a favor de su beneficiario.

Desde este punto de vista, es evidente que la sentencia de reducción, limitándose a pronunciar la ineficacia de la disposición lesiva, tiene como consecuencia la devolución del bien, objeto de la disposición lesiva, al patrimonio del testador. Luego tendremos que explicar cómo el legitimario puede adquirir este bien.

Obviamente la sentencia de reducción se limita al pronunciamiento de ineficacia del bien, por lo que produce un efecto consistente en considerar que el bien forma parte del *relictum* del *de cuius*.

Carece de relevancia que el bien se encuentre en posesión material del beneficiario. Bien puede ocurrir que el bien ya estuviera a disposición del beneficiario (especialmente en el caso de donaciones y liberalidades que pueden haber producido sus efectos mucho antes de que se abriera la sucesión, pero también en el caso de legados y disposiciones testamentarias en las que el legatario o beneficiario ya hubiera conseguido la posesión).

En este supuesto, si el legitimario, que adquiere la titularidad de los bienes como consecuencia del efecto combinado de la declaración de ineficacia de la disposición y por razón de su condición de

⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 387, «la acción se dirige a declarar la ineficacia de unas disposiciones testamentarias que, en principio, serían válidas si no atentase a la *portio debita*, dejándolas sin vigor en la medida precisa para que se satisfaga la legítima». En derecho italiano, por todos: MESSINEO, 1962, p. 363, «Si tratta di *inefficacia relativa*, perché essa opera, *nei soli rapporti fra legitimario-attore e donatario o gratificato con testamento, con riferimento alla mobilità della legittima; e di inefficacia sopravveniente a posteriori*, poiché si verifica soltanto *a posteriori*, ossia a successione aperta».

heredero, definida o redefinida en la sentencia de reducción, deberá solicitar su restitución a quien tenga la posesión de estos.

La sentencia de reducción no pronuncia la restitución, sino que se limita a pronunciar la ineffectividad de la disposición lesiva. Para obtener la disposición material de los bienes, el legitimario deberá, en su caso y si hiciera falta, ejercitar la acción de restitución.

En el supuesto de que el donatario o legatario no pueda restituir los bienes en especie, por cualquier causa, el beneficiario de la disposición lesiva estará obligado a devolver a la herencia el valor de los bienes objeto de la donación o del legado. La imposibilidad de restituir el bien en especie da lugar a que el legatario o donatario contraiga una deuda con la herencia.

En el supuesto de que el donatario o legatario haya vendido a un tercero de buena fe, el legatario o donatario deberá pagar el valor de la cosa donada o legada⁶¹. Debe descartarse, en el derecho español, a diferencia de lo que pasa en el derecho italiano⁶², que se ejerza una acción contra el tercero adquirente, especialmente en el caso de bienes inmuebles, ya que su adquisición está protegida por el artículo 34 LH⁶³.

⁶¹ V. TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)» *Tratado de legítimas*, Teodora F. Torres García (coord.), Barcelona, Atelier Civil, 2012, p. 59, «De todos modos cuando no se puede devolver la misma cosa donada, porque se haya destruido o pasado a manos de un tercero de buena fe, se debe restituir su valor en dinero. Para los casos de pérdida, debe entenderse que el art. 654 no es una norma de responsabilidad sino de atribución de riesgos, por lo que el donatario debe restituir el valor de la cosa con independencia de su culpa o negligencia en la pérdida (CARRASCO, 1988, p. 20; en contra, GARCÍA PÉREZ, 2004, pp. 306 ss., sobre la base de los arts. 1045.2º y 1182 CC, mantiene que el donatario no responde de la pérdida por caso fortuito). Por lo que se refiere a los casos de enajenación de la cosa donada a un tercero, teniendo en cuenta la remisión del art. 654.2º a «lo dispuesto en este capítulo», debe aplicarse la misma solución que prevén los arts. 645, 649 y 650, y entender que la reducción no afecta a terceros de buena fe, por lo que deberá tener lugar en metálico, a pagar por parte del donatario».

⁶² Me limitaré a señalar que, en Derecho italiano, el legitimario perjudicado siempre debe dirigirse contra el beneficiario de la disposición lesiva. Cuando el beneficiario ha enajenado el bien a un tercero, bien a título oneroso bien a título gratuito, el legitimario tiene derecho a reclamar el equivalente en dinero al beneficiario de la enajenación. Sin embargo, si el beneficiario es insolvente, el legitimario, según la legislación italiana, puede actuar contra el tercero, cuya adquisición no queda necesariamente preservada. De hecho, el tercero está obligado a devolver el bien o a restituir su valor. Huelga decir que este sistema ha tenido la consecuencia de bloquear gravemente la circulación de bienes inmuebles que habían sido objeto de una donación. En un intento de paliar este aberrante resultado, en 2005 se modificó la norma que prevé la acción de restitución frente al tercero (art. 563 CC IT), estableciendo que dicha acción contra el tercero habiente causa del beneficiario de la disposición lesiva no podrá ejercitarse si han transcurrido veinte años desde que la enajenación se inscribió en el registro y siempre que durante este largo periodo no haya habido oposición por parte de uno de los posibles y futuros legitimarios. Como es fácil comprender, esta reforma es totalmente inadecuada, tanto porque prevé un plazo excesivamente largo (veinte años) antes de que la enajenación deje de ser atacable por los legitimarios, como porque otorga a los legitimarios la facultad de bloquear en cualquier caso este efecto interruptivo y, por tanto, permite a los legitimarios conservar la acción contra el tercero.

⁶³ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 394, «si los bienes donados han pasado a poder de terceros que puede retenerlos, el donatario cumple con restituir el valor de tales bienes».

13. REDEFINICIÓN DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS

Una vez realizadas estas valoraciones, la sentencia debe prever una redefinición de las cuotas hereditarias de tal forma que el legitimario perjudicado sea considerado heredero por una cuota hereditaria tal que le permita conseguir sobre el *relictum* bienes suficientes para completar su legítima y, más exactamente, tal que le permita adquirir los bienes objeto de la disposición lesiva reducida.

A este respecto hay que distinguir entre el supuesto en que el legitimario ya es heredero y el caso en que el legitimario no es heredero, entendiendo que este último supuesto sólo puede darse en la sucesión testamentaria, en caso de preterición o desheredación injustificada.

Empecemos por la última hipótesis, que es más sencilla e inmediata y también ayuda a comprender la primera. Si el legitimario no es llamado a la sucesión, la sentencia constituye la condición de heredero del legitimario y, de hecho, determina también la extensión de la cuota hereditaria del legitimario, aunque esa extensión se determina *per relationem*, en función de la atribución que le corresponde.

Me parece que el legislador, al prever la reducción de las disposiciones testamentarias lesivas, prevé una redefinición sustancial de las cuotas hereditarias, pues debe atribuir la condición de heredero a un sujeto que no la tenía, y, por tanto, reducir la cuota hereditaria de los demás, para poder asignar una cuota hereditaria también al legitimario preterido.

Supongamos que el testador ha preterido no intencionalmente a su hijo Juan, instituyendo heredera a su amiga María de la mitad de la herencia y a los otros dos hijos, Rocío y Pedro, a partes iguales entre ellos, de la mitad restante. Teniendo en cuenta que Juan es perjudicado y tiene que actuar en reducción si quiere su legítima, la sentencia que reduce una o varias disposiciones testamentarias, al mismo tiempo, reduce también la cuota hereditaria del heredero o herederos cuya disposición se reduce, con el fin de crear un espacio (una cuota) que permita atribuir la cualidad de heredero al legitimario preterido. Único título que permite al legitimario preterido adquirir bienes del haber hereditario del causante en concepto sucesorio.

Imaginando que el caudal hereditario es de 160, que el causante hizo una donación al amigo, Jesús, de 20, que no dispuso expresamente de la mejora⁶⁴, que la legítima larga de los hijos suma 120 y

TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)», 2016, p. 383.

⁶⁴ No creo que sea razonable afirmar que el legitimario perjudicado tenga o no derecho a la cuota de mejora en abstracto, y creo que hay que distinguir entre los distintos

a cada uno le corresponde una legítima de 40, Juan se ve perjudicado en 40. Los otros dos hijos, Rocío y Pedro, no se ven perjudicados, ya que, al haber sido instituidos herederos, cada uno por $\frac{1}{4}$ de la herencia, han obtenido sustancialmente 40 (igual a $\frac{1}{4}$ de 160).

Juan, al ser perjudicado, debe pedir la legítima y, por tanto, la reducción de las instituciones de herederos lesivas, que, como hemos dicho, deben reducirse de forma proporcional (*arg. ex arts. 814.2, 820 CC*)⁶⁵.

En el presente caso, considerando que las instituciones de herederos de Rocío y Pedro les permiten obtener exactamente la legítima

supuestos posibles.

En el supuesto de preterición intencional, hay que partir de la base de que el legitimario preterido sólo tiene derecho a la legítima estricta, ya que la intención del testador de excluirle de la sucesión implica, sin duda, que el testador no pretendía que se le atribuyera la cuota de mejora. Esta conclusión también debe aplicarse en el caso de que el testador no haya dispuesto de la parte de mejora, así como en el caso de que haya dispuesto a favor de un descendiente, total o parcialmente, de la parte de mejora.

En cambio, en supuesto de preterición no intencional, debería mantenerse la idea de que siempre el legitimario tiene derecho a la legítima larga. La circunstancia de que el testador le haya preterido involuntariamente, es decir, que la preterición sea fruto de un error, no permite establecer con certeza si el testador ha tenido o no la intención de mejorarlo.

Mucho más complejo es, sin embargo, el caso en que se produce la preterición no intencional, pero el testador ha mejorado, en todo o en parte, a otro descendiente. La circunstancia de una preterición no intencional debería llevar a la conclusión de que el legitimario preterido tiene derecho a legítima larga, ya que la atribución específica de la cuota de mejora a un descendiente no permite inferir con certeza, al haberse producido una preterición no intencional, si el testador tenía o no también la intención de mejorar al preterido.

Este razonamiento, sin embargo, choca con lo dispuesto en el artículo 814.2 n. 2 CC, según el cual «se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título». En base a esta disposición, debe deducirse, por tanto, que el legitimario preterido involuntariamente sólo tiene derecho a la legítima estricta en el caso de que el testador haya dispuesto íntegramente de la cuota de mejora a favor de otro descendiente. En el supuesto de que el testador sólo haya dispuesto parcialmente de la cuota de mejora, el legitimario preterido involuntariamente tendrá derecho a la legítima larga en la medida de la cuota de mejora de la que haya dispuesto el testador.

Aparte de estas consideraciones generales, no cabe duda de que cada cuestión concreta, especialmente en caso de desheredación involuntaria, requerirá una interpretación cuidadosa del documento testamentario.

Sobre el carácter plurivalente de la expresión «voluntad del testador», v. MIGUEL GONZÁLEZ, 2002, pp. 154 ss.

⁶⁵ Las instituciones de heredero se reducen todas proporcionalmente. A estos efectos, es irrelevante que las disposiciones testamentarias mencionadas estén todas contenidas en el mismo testamento o en varios testamentos. Incluso si las disposiciones testamentarias estuvieran contenidas en dos testamentos distintos, en cualquier caso, se reducirían proporcionalmente, sin que la fecha en que se otorgó el testamento fuera relevante. Considerando, en efecto, que un testamento sólo surte efecto, con independencia de la fecha en que se haya otorgado, en el momento del fallecimiento de su autor, todas las disposiciones testamentarias surten efecto al mismo tiempo y, por tanto, deben reducirse proporcionalmente.

La reducción proporcional significa que las disposiciones deben reducirse de forma que se mantenga su proporción original, de modo que en el caso de disposiciones testamentarias de distinto valor la reducción debe efectuarse identificando el porcentaje en que debe reducirse cada una. Llamando D a la suma que debe recuperarse proporcionalmente sobre las disposiciones testamentarias sujetas a reducción, y llamando L1, L2,... Ln, las disposiciones sujetas a reducción, resulta que el porcentaje de D que debe recuperarse sobre cada disposición sujeta a reducción es igual a $L1L1 + L2+Ln$.

ma que les corresponde, no se pueden reducir⁶⁶. La única disposición testamentaria que debe ser objeto de reducción es la institución de heredo a favor de María.

Para que Juan alcance su legítima es necesario que consiga 40 y, por tanto, es necesario reducir la institución de María en una cuantía tal que libere esta cantidad exacta. Teniendo en cuenta que María fue instituida heredera de $\frac{1}{2}$, y que como consecuencia de esta institución ha conseguido 80 (1/2 de 160), es necesario reducir la institución de heredero a la mitad, para que pueda alcanzar 40, y 40 puedan revertir al caudal hereditario.

La reducción de la institución hereditaria de María de $\frac{1}{2}$ a $\frac{1}{4}$ libera una cuota hereditaria de $\frac{1}{4}$, que constituye la cuota en la que Juan se convierte heredero. Como consecuencia de la reducción de la institución hereditaria de María, por un lado, a ella sólo le corresponden 40 del *relictum* hereditario y, por otro lado, se libera una cuota hereditaria de $\frac{1}{4}$. Esta parte del *relictum* se atribuye a Juan, que puede adquirirla en virtud de este título.

La acción de reducción da lugar, por tanto, a una nueva determinación de las cuotas hereditarias y, en el presente caso, resulta que los cuatro herederos son considerados herederos en la cuota de $\frac{1}{4}$ cada uno. Esto ha dado lugar a una redeterminación de la cuota de María y, como consecuencia, a la asignación de una cuota hereditaria a Juan⁶⁷.

⁶⁶ En el ejemplo que he propuesto en el texto, he simplificado afirmando que solo se reduce la disposición de María, imaginando que los hermanos Rocío y Pedro desean conservar su legítima. Queriendo ser más precisos, el hijo preterido debería, pues, actuar contra todas las instituciones de herederos, incluyendo las hechas a favor de sus hermanos Rocío y Pedro, ya que todas las instituciones de herederos deben reducirse proporcionalmente.

Cuando los otros dos hermanos se vean objeto de una acción de reducción, deberían argumentar que la reducción de sus cuotas generaría, a su vez, una lesión. Por esta razón, ellos también deberían actuar contra María, de manera que la única disposición testamentaria que se reduzca sea precisamente la de María. Podría suceder, sin embargo, que los hijos afectados por la reducción no presenten ninguna objeción. En ese caso, sería necesario reducir proporcionalmente las cuotas hereditarias de María, Rocío y Pedro.

A efectos de la tesis que quiero demostrar, el resultado no cambia, ya que igualmente tendría lugar una redefinición de las cuotas.

⁶⁷ El caso sería distinto, aunque los resultados reconstructivos, a efectos del presente asunto, serían similares, si se supusiera que la preterición del hijo fue intencionada y, por tanto, que sólo tiene derecho a la legitimación estricta (entre muchos: DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, 2017, pp. 165 s.; RODRÍGUEZ MARÍN, 2014, p. 1269; ARANA DE LA FUENTE, 2014, pp. 167 ss.). En tal supuesto, efectivamente, se produciría un perjuicio para los hijos instituidos y éstos también tendrían que actuar en reducción. Suponiendo que el caudal hereditario sea de 180, la legítima colectiva de los hijos es de 120, de los cuales 60 mejora y 60 legítima estricta. Si se produjera una mejora tácita a favor de los dos hijos instituidos, Rocío y Pedro, la legítima que les corresponde a cada uno es de 50 (30 en concepto de mejora y 20 en concepto de legítima estricta), mientras que la legítima estricta que corresponde al hijo preterido es de 20. Como Rocío y Pedro han obtenido sustancialmente 40, cada uno de ellos ha sufrido una lesión de 20, mientras que Juan, que no ha tenido nada, tiene una lesión por 20. Si todos actúan con la acción de reducción, la institución de heredero a favor de María se reduce, en total, en 50, que deben repartirse así: 20 a Rocío; 20 a Pedro y 10 a Juan. Al final, María se queda con 40/180; Rocío con 60/180; Pedro con

La acción de reducción no sólo confiere al legitimario preterido la condición de heredero, sino que también determina, aunque *per relationem*, su cuota hereditaria. Para que sea heredero, sin embargo, es necesario redefinir sustancialmente también la cuota de aquellos herederos cuya disposición se reduce.

No es distinto el supuesto en que el legitimario ya es heredero, pero resulta perjudicado.

También en este caso, la sentencia de reducción al reducir las cuotas hereditarias o las propias donaciones, si no basta la reducción de las cuotas hereditarias, debe generalmente prever una redefinición de las cuotas en que las personas son herederas, ya que siempre es necesario que la cuota hereditaria del legitimario aumente, pues de lo contrario no es posible justificar una atribución ulterior, es decir, que adquiera lo ganado por la reducción de las disposiciones testamentarias lesivas.

Un ejemplo ayuda a la comprensión.

Supongamos que el testador ha instituido herederos a sus dos hijos Juan y Rocío, al primero en la cuota de 1/8 y a la segunda en la cuota de 7/8.

Imaginemos que el *relictum* es igual a 80 y que en vida el testador donó a su amigo Pedro una finca por valor de 100.

A la muerte del testador, Juan (heredero por 1/8) se queda con 10 y Rocío (heredera por 7/8) con 70.

Suponiendo que la institución de heredera de Rocío en una cuota mayor que la de Juan cuente como atribución tácita a ésta de la cuota de mejora, resulta que Juan sólo tiene derecho a la legítima estrecha de 30, mientras que Rocío tiene derecho también a la cuota de mejora, por un total de 90 (60+30)⁶⁸. La donación hecha

60/180; Juan con 20/180. Esto significa que las nuevas cuotas hereditarias, necesarias para justificar la partición del haber hereditario, quedan definidas de la siguiente manera: María obtiene 4/18; Rocío 6/18 (es decir, 1/3); Pedro 6/18 (es decir, 1/3); Juan 2/18.

⁶⁸ Si asumiéramos que la institución de heredera de Rocío a una cuota mayor que la de Juan no es suficiente para considerar atribuida a esta última la cuota de mejora -aunque este supuesto no parece ser compartido por la jurisprudencia y gran parte de la doctrina- el resultado no sería distinto a los efectos que estamos examinando. Incluso en este supuesto, habría que admitir una redeterminación de las cuotas hereditarias. Partiendo de la idea de que no hubo atribución de la cuota de mejora, la legítima de los hijos, a repartir entre ellos a partes iguales, es de 120, por lo que a cada uno le corresponde 60. Juan, que ha heredado 20, ha sufrido una lesión de 40, mientras que Rocío, que ha heredado 60, no ha sufrido ninguna lesión. A petición de Juan, se dicta la reducción de la donación perjudicial por 40. Sin embargo, también es imprescindible una redefinición de las cuotas hereditarias, porque de no producirse ésta, los 40 que se adquieren en la herencia del causante tendrían que repartirse entre los herederos en proporción a sus cuotas, con el paradójico resultado de que también tendrían que repartirse a favor de Rocío, de modo que Juan sólo recibiría 10 (es decir, 1/4 de 40), mientras que Rocío recibiría otros 30 (es decir, 3/4 de 40). Para que los 40 adquiridos al relicto hereditario como consecuencia de la reducción de la donación se adquieran de forma que integren correctamente la legítima a la que tienen derecho los dos hijos es necesaria una nueva determinación de las cuotas hereditarias. Juan y Rocío deben recibir cada uno su legítima larga, igual a 60. Esto significa que ambos deben considerarse

en vida a favor de Pedro menoscaba la legítima, por lo que ambos hijos deben actuar en reducción. Se produce una lesión global de 40 y, en concreto, tanto Juan como Rocío, sufren una lesión de 20.

A petición de Juan y Rocío, se dicta la reducción de la donación perjudicial por 40. Sin embargo, también es imprescindible una redefinición de las cuotas hereditarias, porque de no producirse ésta, los 40 que se adquieran en la herencia del causante tendrían que repartirse entre los herederos en proporción a sus cuotas, con el paradójico resultado de que Rocío recibiría 35 ($7/8$ de 40), y Juan sólo recibiría 5 (es decir, $1/8$ de 40), y esto determinaría, que Rocío se queda con 105 y Juan sólo con 15.

Para que los 40 adquiridos al relictio hereditario como consecuencia de la reducción de la donación se adquieran de forma que integren correctamente la legítima a la que tienen derecho los dos hijos es necesaria una nueva determinación de las cuotas hereditarias.

Como consecuencia de esta redeterminación Juan debe recibir de la herencia y de la reducción de la donación su legítima estricta, igual a 30, mientras que Rocío debe recibir de la herencia y de la reducción de la donación su legítima y la cuota de mejora, por un total de 90. Esto significa que Juan debe ser considerado heredero de $1/3$ y Rocío heredera de $2/3$, de modo que como resultado de la nueva determinación de las cuotas hereditarias Rocío, tiene derecho a recibir $3/4$ de los bienes relictos y $3/4$ de los bienes adquiridos al caudal hereditario por la reducción de la donación, y por tanto $60+30$, mientras que Juan tiene derecho a recibir $1/4$ de los bienes relictos y $1/4$ de los bienes adquiridos al caudal hereditario por la reducción de la donación, y por tanto $20+10$. La re-determinación de las cuotas no sólo permite explicar el mecanismo técnico en virtud del cual el legitimario adquiere los bienes objeto de la disposición perjudicial sujeta a reducción, sino sobre todo mantener una proporción adecuada entre las cuotas hereditarias.

Esto significa, aunque este aspecto suele ser poco analizado, que la sentencia de reducción produce como efecto fundamental una remodelación sustancial de las cuotas hereditarias.

Si el legitimario resulta perjudicado, no basta con que se declare la ineeficacia de la disposición testamentaria lesiva, sino que es preciso que se produzca una remodelación de las cuotas hereditarias, de modo que la extensión de los llamados a la herencia sea tal que permita al legitimario que actúe obtener todos los bienes que

herederos de $1/2$. Rocío, que ya ha recibido 60, debe considerarse satisfecha, mientras que Juan, que sólo ha recibido 20, tiene derecho a retener la totalidad de los bienes objeto de la donación inoficiosa, para completar su legítima.

se adquieren a la herencia como consecuencia de la reducción de las disposiciones lesivas.

A menudo, en las sentencias de reducción y en los estudios sobre la materia, no se hace suficiente hincapié en este elemento. Lo cierto es que, si no se tiene en cuenta este aspecto, se hace difícil explicar cómo el legitimario puede adquirir los bienes que se adquieren a la masa hereditaria como consecuencia del pronunciamiento de ineffectuacía de las disposiciones testamentarias que men-
guan la legítima.

El único efecto de la acción de reducción es dejar total o parcialmente sin efecto una disposición lesiva. De tal ineffectuacía se desprende que el bien objeto de la disposición o la parte del bien se considera perteneciente al caudal relicto. Por tanto, para justificar la adquisición por el legitimario perjudicado o preterido, dado que no puede decirse que la sentencia de reducción tenga como efecto inmediato y directo la atribución del bien al legitimario perjudicado o preterido, es necesario atribuirle un título que le permita adquirir dicho bien o dicha cuota hereditaria en concepto sucesorio.

En la mayoría de las sentencias de reducción este aspecto inherente a la nueva determinación de las cuotas hereditarias no se lleva a cabo de forma expresa, sino sólo implícitamente.

Las sentencias establecen la reducción de la disposición y la atribución del valor de la disposición reducida a favor del perjudicado. No cabe duda de que cuando se realiza esta operación, y aunque no se diga o aclare expresamente, se realiza inevitablemente una nueva determinación de las cuotas hereditarias. Y esto se convierte en un asunto muy importante, también a efectos de establecer la responsabilidad por deudas y cargas de la herencia.

El único caso en que la sentencia de reducción no da lugar a una redeterminación de las cuotas hereditarias es cuando el legitimario ya es el único heredero y la lesión depende de legados o donaciones anteriores. Cuando el legitimario ya es heredero en la totalidad del patrimonio, no cabe duda de que la reducción de legados y donaciones siempre beneficia al legitimario heredero único. Salvo en este único supuesto, se produce siempre una reducción de una o varias instituciones hereditarias y también una remodelación de las cuotas hereditarias.

Se trata, a mi juicio, de un efecto fundamental, sin cuya consideración es esencialmente difícil explicar, desde un punto de vista racional y dogmático, la adquisición *mortis causa* del bien objeto de la disposición reducida por el legitimario perjudicado.

Quienes no admite una necesaria remodulación de las cuotas hereditarias intentan resolver la cuestión apoyándose en la ineffectu-

cia relativa resultante de la sentencia, es decir, diciendo que la reducción comporta una ineeficacia limitada únicamente al legitimario que actúa que, por esta razón, es el único adquirente del derecho traído por la disposición impugnada.

Aun razonando de este modo, y por tanto aun suponiendo que la sentencia de reducción conlleve una ineeficacia meramente relativa de la disposición lesiva y, por tanto, suponiendo que la adquisición a favor del legitimario dependa exclusivamente de ello, no puede excluirse, sin embargo, que deba darse una remodelación de las cuotas hereditarias. Aunque no fuera necesario (pero no lo creo) explicar la adquisición por el legitimario que actúa en reducción, sirve, en todo caso, para explicar sus relaciones con todos los demás herederos.

Además, si imaginamos que dos o más legitimarios, afectados en distinto grado, ejercitan una acción de reducción, la mera teoría de la ineeficacia relativa no ayuda a resolver el problema porque, considerada aisladamente, no explica las razones por las que cada uno de los legitimarios puede obtener bienes en cuantía diferente. Para explicar la distinta medida en que debe complementarse la legítima de cada uno, sólo cabe remitirse a sus cuotas hereditarias, que son las únicas que explican que actos de disposición ineeficaces para todos los legitimarios puedan distribuirse entre ellos en distinta proporción.

14. MODALIDADES DE REDUCCIÓN DE LAS DISPOSICIONES LESIVAS

Aclarado que, con referencia a la disposición lesiva, la sentencia de reducción se limita a declarar su ineeficacia⁶⁹, es evidente que se refiere o bien a la disposición en su totalidad, si ello es necesario para complementar la legítima del heredero forzoso, o bien a su ineeficacia parcial, si sólo basta una reducción parcial.

En otras palabras, sabiendo que las disposiciones testamentarias se reducen proporcionalmente, salvo que existan disposiciones de preferencia, y que las donaciones se reducen empezando por la última y retrocediendo hasta la menos reciente, es evidente que la reducción de las disposiciones lesivas no siempre es completa, pues en muchos casos puede ser sólo parcial.

En el supuesto de que la reducción de la disposición lesiva sea completa, la consecuencia es bastante simple: la atribución patri-

⁶⁹ DE PABLO CONTRERAS, 2022, p. 300.

monial realizada al beneficiario queda totalmente sin efecto y esa atribución patrimonial, en su totalidad, se considera parte del caudal hereditario.

Cuando la reducción de la disposición lesiva es parcial, la consecuencia es más compleja, ya que se trata de dejar sin efecto una disposición sólo en parte.

Si el objeto de la disposición inoficiosa es un bien fácilmente divisible, la reducción parcial es, más o menos, fácil de realizar. Si la disposición lesiva consiste, por ejemplo, en el legado de una suma de dinero, depositada en una cuenta corriente, es evidente que la reducción de la disposición parcial significa una simple reducción de su valor. Suponiendo que el legado sea de 100 y que la disposición deba reducirse de $\frac{1}{4}$, esto significa que la reducción se referirá a 25 (suma que se considera parte del *relictum*), mientras que los 75 restantes seguirán a beneficio del legatario, puesto que la disposición sólo se ha reducido en $\frac{1}{4}$ o, si se quiere, en 25.

Si el objeto del legado es un bien no divisible, el problema es complejo, ya que hay que encontrar normas para determinar cómo debe efectuarse la reducción.

Huelga decir que el problema se plantea principalmente en relación con las disposiciones que atribuyen la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles. Por este motivo, existen unas normas que sirven para aclarar cómo debe efectuarse esa reducción.

La primera regla, que puede deducirse en sentido contrario de lo dispuesto en el artículo 821 CC, establece que, si la finca⁷⁰ admite cómoda división, la reducción se efectúa dividiendo el bien inmueble. De lo contrario, si el bien inmueble no es cómodamente divisible, es evidente que el legislador ha tenido que encontrar una solución de compromiso.

La alternativa posible es la siguiente o bien el beneficiario de la disposición lesiva se queda con el bien no cómodamente divisible y paga el valor correspondiente a la reducción que sería necesaria para la integración de la legítima, con la consecuencia de que surge un crédito pecuniario del beneficiario; o bien el beneficiario deja la totalidad del bien no cómodamente divisible, que es adquirido íntegramente al caudal hereditario, surgiendo, a la vez, su crédito respecto de la herencia, esto es, surge la obligación de abonar al beneficiario el valor del bien por la parte que no quedaba sujeta a reducción. El crédito debe considerarse un crédito de valor, de

⁷⁰ Comparto la opinión de TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)», 2016, p. 384, según los cuales: «Aunque literalmente dicha regla especial se prevé para ese supuesto concreto (finca), el precepto es aplicable a cualquier supuesto de cosa indivisible que desmerezca por su división: sea mueble o inmueble».

modo que debe ajustarse al valor del bien en el momento de la reducción y no en el momento de la apertura de la sucesión.

El legislador, en una norma que, a mi juicio, es puramente dispositiva, de modo que puede ser derogada por un pacto distinto entre el beneficiario de la disposición lesiva y los legitimarios y que, por tanto, está llamada a aplicarse en defecto o ausencia de pacto distinto entre ambos, no opta *a priori* por una u otra solución, sino que adopta ambas, distinguiendo según que la reducción absorba más o menos de la mitad del valor del bien.

Si la reducción absorbe menos de la mitad del valor del bien, el legatario se queda con el bien, pero tiene la obligación de pagar a la herencia la suma correspondiente, mientras que, si la reducción absorbe más de la mitad, el bien se atribuye a la herencia y el beneficiario tiene un crédito contra ésta.

En el supuesto de que el legatario sea legitimario⁷¹, la regla anterior sufre una excepción, ya que podrá retener la finca si su valor no supera el importe del tercio de libre disposición y de la cuota que le corresponda por legítima⁷².

Por último, se prevé que si los herederos o legatarios no desean hacer uso del derecho que les confiere esta norma, podrán solicitar que el bien sea vendido en pública subasta a instancia de cualquier interesado.

Aunque esta regla se dicta expresamente para el caso de los legados, creo que también debería aplicarse en el supuesto de las donaciones y en el caso de una institución de heredero *ex re certa* (arg. ex arts. 620, 768 CC).

⁷¹ En el supuesto de que el legatario sea un legitimario, cabe señalar que la cuestión de la posible reducción se complica, ya que también hay que determinar cómo se imputa el legado y a quién se imputa. Para todas estas cuestiones, BARBA, V., 2023, *passim*.

⁷² TORRES GARCÍA; DOMÍNGUEZ LUELMO: «La legítima en el Código civil (I)», 2016, pp. 385 s., «No se exige que al legatario legitimario le corresponda más de la mitad de la cosa para que pueda proceder al abono del exceso en dinero, sino que impute el legado a la parte libre y a su legítima. En caso de que supere el valor de estas porciones, se procede al abono del exceso a los demás interesados en la cuantía que corresponda. Generalmente en estos casos corresponderá al legitimario la mayor parte de la cosa ... En este supuesto se prescinde de que la reducción absorba o nomás de la mitad del valor de la cosa, permitiéndose al legitimario retener en su poder la totalidad de la misma abonando el exceso en metálico. Ocurre así que no es necesario acudir al requisito establecido en el apartado anterior, en el sentido de que la reducción supere o no un determinado valor (la mitad del que tenga la cosa legada). En caso contrario, o sobre el apartado 2 del artículo 821, o sólo serviría para exigir que los legitimarios cumplieran un nuevo requisito en orden a poder retener la totalidad de la cosa: que la reducción fuera de una cuantía menor a la mitad del valor de la explotación, y además, que la parte de este que no fuera inoficiosa ocupara la porción disponible y la legítima estricta del legatario, lo cual no parece tener ningún sentido».

15. CONCLUSIONES

Este artículo, partiendo de la experiencia del derecho italiano, que es, por un lado, más sencilla en su regulación, y por otro, mucho más restrictiva que la española, sólo desea contribuir al debate sobre la naturaleza del derecho de los legitimarios y, en particular, a entender la dinámica a través de la cual el Código civil protege al legitimario que no haya obtenido la legítima. Cuestión respecto de la cual, aun con las oportunas diferencias que existen entre el Derecho italiano y el español, me ha parecido que se presta a soluciones técnico-dogmáticas similares, pues se trata de justificar de forma dogmáticamente racional, evitando meras peticiones de principio, de qué modo y bajo qué título adquiere el legitimario el bien o los bienes objeto de la disposición sujeta a reducción.

El artículo parte, desarrollándolas, de las siguientes consideraciones:

- 1) existe una diferencia entre la legítima y la cuota hereditaria;
- 2) los remedios para proteger al legitimario son disponibles;
- 3) un testamento que mengua la legítima es válido y eficaz;
- 4) el legitimario que ha obtenido la legítima por donación o legado no tiene acción;
- 5) el legitimario no es ni debe ser necesariamente heredero;

y llega a la conclusión de que el Código civil protege la legítima material y no la formal.

Si bien esta consideración permite excluir que la legítima sea una *pars hereditatis*, no permite, sin embargo, afirmar que sea una *pars valoris bonorum*, con la consecuencia de que aún debe inclinarse por la teoría de la *pars bonorum*.

Sentada esta premisa, el artículo intenta aclarar el mecanismo técnico por el que un legitimario perjudicado consigue la legítima.

Habiendo resultado insatisfactoria la idea de que se conserva el título de la adquisición originaria y partiendo de la convicción de que debe garantizarse que la adquisición al legitimario siga siendo *mortis causa* y del causante, se afirma que la acción de complemento no es una acción autónoma y que se resuelve siempre en la reducción.

El artículo 815 CC al establecer que el legitimario podrá solicitar el complemento, se limita a identificar el requisito previo, pero no indica el mecanismo técnico a través del cual puede atribuirse este complemento. El mecanismo técnico está, en cambio, recogido en los arts. 817 y 820 CC, donde se aclara que consiste en la reducción de las disposiciones testamentarias y, posteriormente, en la reducción de las donaciones inoficiosas.

El único remedio para proteger el legitimario que haya recibido menos de lo que le corresponde en concepto de legítima es, por lo tanto, la acción de reducción que, por orden, siempre debe atender a: 1) las instituciones de herederos; 2) los legados y otras disposiciones testamentarias; 3) las donaciones.

Según la reconstrucción propuesta, la acción de reducción se limita a dejar sin efecto la disposición lesiva, con la aclaración de que la reducción de la institución de heredero es parcialmente diferente de la reducción de legados y donaciones.

La primera acarrea una vacante en una cuota hereditaria que incrementa la del legitimario perjudicado; las segundas solo determinan que el bien, objeto del legado o de la donación revertira, total o parcialmente, al patrimonio del causante.

En base a ello se argumenta que el legitimario perjudicado que ejercita la acción (de complemento-reducción) siempre consigue la legítima en virtud del título de heredero tal y como queda redeterminado por la acción de reducción.

La acción de reducción produce una remodelación de las cuotas hereditarias, que sólo permite al legitimario adquirir más bienes hereditarios.

La protección de la legítima material se produce a través de la legítima formal, con la aclaración de que la reducción puede acarrear una remodelación de las cuotas hereditarias. Sólo en virtud de esa remodelación, el legitimario consigue su legítima.

La acción de reducción, pues, acarrea cuatro consecuencias: a) constatación de la cualidad de legitimario; b) constatación de la lesión; c) pronunciamiento sobre la ineeficacia de la disposición lesiva; d) posible redefinición de las cuotas hereditarias.

Sin un análisis adecuado de este último y fundamental aspecto, se hace difícil justificar desde un punto de vista dogmático cómo es posible que la acción de reducción, que implica simplemente la ineeficacia de la disposición lesiva, pueda beneficiar únicamente al legitimario perjudicado.

BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina; COBAS COBIELLA, María Elena; MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar; MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «Aspectos sustantivos del derecho hereditario», en *Derecho de Sucesiones*, Josefina Alventosa del Río y María Elena Cobas Cobiella (dirs.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «Notas sobre la mejora tácita», en Domínguez Luelmo, Andrés; García Rubio, María Paz (dirs.), Herrero Oviedo, Margarita

- (coord.), «*Liber amicorum*» Teodora F. Torres García, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 165-186.
- AZZARITI, Giuseppe: «Il legittimario è erede», *Diritto e giurisprudenza*, 1933, pp. 43-45.
- «Sulla figura del legittimario», *Diritto e giurisprudenza*, 1933, pp. 247-250.
- BARBA, Vincenzo: «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad», *La Ley Derecho de familia*, n. 31, julio-septiembre 2021, *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, pp. 1-39.
- BARBA, Vincenzo: «Legados otorgados a legitimarios. Función, imputación y asunción de la carga en el Derecho español e italiano», *Anuario de Derecho Civil*, 2024, en curso de publicación.
- *La successione dei legittimari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Comentario art. 828» en *Código civil comentado*, Ana Cañizares Laso, D. Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 921-923.
- «Los legados», en *Derecho de sucesiones. Curso de derecho civil (V)*, Sergio Cámará Lapuente, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, D. Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez (coord.), Edisofer s.l., Madrid, 2022, pp. 183-211.
- CANTELMO, Vincenzo Ernesto: *Fondamento e natura dei diritti del legittimario*, Napoli, 1972.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: Comentario art. 820», en *Código civil comentado*, Ana Cañizares Laso, D. Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 877-888.
- CICU, Antonio: *Successione legittima e dei legittimari*, 2^a ed., Giuffè, Milano, 1943.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Limitaciones *mortis causa* a la libertad de disponer», en *Derecho de sucesiones. Curso de derecho civil (V)*, Sergio Cámará Lapuente, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, D. Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez (coord.), Edisofer s.l., Madrid, 2022, pp. 283-358.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio: *Sistema de derecho civil. Vol. IV, t. 2. Derecho de sucesiones*, 12 ed., Tecnos, Madrid, 2017.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Técnicos, Madrid, 1989.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La legítima en la sucesión intestada*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar», *Anuario de Derecho Civil*, 2008, 1, pp. 57-112.
- *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ PALOMINO, José: «El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos», *Revista de Derecho Privado*, 1936, pp. 160-165.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de derecho civil V. Sucesión*, 4 ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- LASARTE, Carlos: *Derecho de sucesiones*, 5 ed., Marcial Pons, Madrid, 2008.
- MARINARO, Gabriele: *La successione necessaria*, Edizioni Scientifiche Italiane Napoli, 2009.

- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: *El legado de la legítima estricta en el Derecho común español*, Dykinson, Madrid, 2012.
- MENGONI, Luigi: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, 4 ed., Giuffré, Milano, 2000.
- MESSINEO, Francesco: *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, 9.^a ed., Giuffré, Milano, 1962.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Legítima material y legítima formal», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 49, 2009, pp. 493-560.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Los desprecios al Código civil», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 19, 2009, pp. 229-238.
- «Notas sobre «la voluntad del testador»», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 6, 2002, pp. 153-190.
- «Reflexiones sobre la legítima», en DOMÍNGUEZ LUELMO y GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones – Liber Amicorum Teodora F. Torres*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 983-1001.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: «La naturaleza de la legítima – nota final», *Anuario de Derecho Civil*, 1986-2, pp. 571-579.
- «La naturaleza de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, 1985-4, pp. 849-907.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Comentario al artículo 806», en Bercovitz (dir.), *Comentarios al Código civil*, IV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5836 ss.
- REAL PÉREZ, Alicia: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Civitas, Madrid, 1988.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Derecho de sucesiones. Común y foral*, II, 4 ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «Comentario art. 814», en *Código civil comentado*, Ana Cañizares Laso, D. Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 836-849.
- «Comentario art. 815», en *Código civil comentado*, Ana Cañizares Laso, D. Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 849-852.
- «Comentario art. 817», en *Código civil comentado*, Ana Cañizares Laso, D. Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 859-861.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: «La mejora tácita de los descendientes: un análisis jurisprudencial», en Domínguez Luelmo, Andrés; García Rubio, María Paz (dirs.), Herrero Oviedo, Margarita (coord.), *«Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 1267-1284.
- ROCA SASTRE, Ramón María: «Naturaleza jurídica de la legítima», *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 184-209.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Heredero y legitimario*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- TORRES GARCÍA, Teodora F., DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La legítima en el Código civil (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña. Galicia, Navarra, País Vasco)*, vol. II, María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.) y Judith Solé Resina (coord.), 2 ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 355-416.
- «La legítima en el Código civil (I)», en *Tratado de legítimas*, Teodora F. Torres García (coord.), Atelier Civil, Barcelona, 2012, pp. 21-86.
- «La legítima en el Código civil (II)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña)*.

- Galicia, Navarra, País Vasco),* vol. II, María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.) y Judith Solé Resina (coord.), 2 ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 417-476.
- TORRES GARCÍA, Teodora F., DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La legítima en el Código civil (II)», en *Tratado de legítimas*, Teodora F. Torres García (coord.), Atelier Civil, Barcelona, 2012, pp. 87-151.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Comentario al art. 828 CC», en *Comentario del Código civil*, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo Ponce de León y Pablo Salvador Coderch (dirs.), Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 2045-2048.
- «Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios» *Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 318-355.
 - *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas.* Vol. I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.
 - *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Civitas, Madrid, 1982.
- VIRGILI SORRIBES, Francisco: «Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica (el llamado heredero forzoso no es heredero)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945-7, pp. 479-494.
- «Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica (el llamado heredero forzoso no es heredero)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945-7, pp. 479-494.

JURISPRUDENCIA

- STS 28 de febrero de 1966. Ponente: Victoriano Juvencio Escribano Ruiz-pérez. RJ 1966/2608.
- STS 74/1981, de 20 de febrero. Ponente: José Antonio Seijas Martínez. ECLI:ES:TS:1981:74.
- STS 3485/1986 de 20 de junio. Ponente: Matías Malpica González Elipe. ECLI:ES:TS:1986:3485.
- STS 8320/1986 de 20 de junio. Ponente: Matías Malpica González Elipe. ECLI:ES:TS:1986:8320.
- STS 15730/1989 de 8 de mayo. Ponente: Pedro González Poveda. ECLI:ES:TS:1989:15730.
- STS 21 abril de 1990. Ponente: José Luis Albácar López. RJ 1990/2762.
- STS 4451/1996 de 17 de julio. Ponente: Jesús Marina Martínez-Pardo. ECLI:ES:TS:1996:4451.
- STS 1026/2001 de 15 de febrero. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. ECLI:ES:TS:2001:1026.
- STS 5646/2005 de 28 de septiembre. Ponente: José Ramón Ferrández Gabriel. ECLI:ES:TS:2005:5646.
- STS 210/2008 de 24 de enero. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. ECLI:ES:TS:2008:210
- STS 8159/2011 de 21 de noviembre. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. ECLI:ES:TS:2011:8159.
- STS 2854/2019 de 17 de septiembre. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. ECLI:ES:TS:2019:2854.
- STS 2367/2021 de 21 de junio. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan. ECLI:ES:TS:2021:2367.

Derechos de terceros sobre la cosa vendida o contenido digital suministrado: el tratamiento de la falta de conformidad jurídica en la legislación protectora de consumidores¹

REYES SÁNCHEZ LERÍA

Profesora titular de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

RESUMEN

El nuevo régimen jurídico de la falta de conformidad para las compraventas de consumo y el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales incorpora, de forma novedosa, la regulación de la denominada falta de conformidad jurídica del bien o contenido digital suministrado (art. 117.2 TRLGDCU). El precepto realiza una declaración general de responsabilidad del empresario, aplicable tanto a los contratos de compraventa como a los contratos de suministro, cuando existan derechos de terceros que impidan o limiten la utilización del bien o del contenido digital y ello determine una falta de conformidad de acuerdo con los requisitos objetivos o subjetivos.

En el contrato de compraventa, la falta de conformidad jurídica del bien se identifica con supuestos en los que existe un derecho de tercero sobre el mismo que impide o limita su utilización por parte del consumidor. En el contrato de suministro de contenidos digitales, sin embargo, serán determinadas facultades o características de los mismos las que se verán afectadas por derechos concurrentes de terceros, esencialmente los relativos a la propiedad intelectual de los contenidos.

Precisamente, con este estudio tratamos de esclarecer el sentido del precepto en uno y otro contrato (compraventa/suministro), proponiendo soluciones interpretativas para lograr una protección eficaz del consumidor teniendo en cuenta los intereses en juego.

¹ Esta publicación se enmarca en el Proyecto I+D+i: «Derecho contractual digital, una nueva realidad: del Código a las Directivas y la revolución digital» (PID 2020-112714GB-I00), financiado por MCIN /AEI/10.13039/501100011033.

PALABRAS CLAVE

Compraventa. Suministro de contenidos y servicios digitales. Falta de conformidad jurídica. Derechos de terceros. Saneamiento. Propiedad intelectual.

Third-party rights in goods sold or digital content supplied: the treatment of non-conformity in consumer protection laws

ABSTRACT

The new legal regime governing non-conformity for consumer purchases and digital content and services supply contracts incorporates a new regulation governing non-conformity regarding the digital goods or contents supplied (art. 117.2 TRLGDCU). The provision makes a general declaration of responsibility held by the business owner, applicable to both sales and supply contracts, where there are rights of third parties that prevent or limit the use of the good or digital content and this results in non-conformity in accordance with objective or subjective requirements.

In a sales contract, non-conformity of the good is identified through cases in which there is a third party right over it that prevents or limits its use by the consumer. In contracts for the supply of digital content, however, certain faculties or characteristics of the same will be affected by competing rights of third parties essentially related to the intellectual property of the contents.

With this study we aim to clarify the meaning of the legal provision in both types of contract (sales/supply), proposing interpretive solutions to achieve effective consumer protection taking into account the interests at stake.

KEY WORDS

Sales contracts. Supply of digital content and services. Non-conformity. Third party rights Restitution. Intellectual property

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *La falta de conformidad jurídica como supuesto especial de incumplimiento.* 2.1 La falta de conformidad jurídica en la compraventa de bienes muebles materiales. 2.1.1 Existencia de la vulneración de un derecho perteneciente a un tercero que impida o limite la utilización del bien. Pretensiones de terceros fundadas e infundadas. 2.1.2 La existencia de una falta de conformidad. 2.1.3 En especial, la falta de transmisión de la propiedad como supuesto de disconformidad jurídica. 2.1.4 Remedios en caso de falta de conformidad jurídica del bien material ¿TRLGDCU o Código Civil? 2.2 Falta de conformidad jurídica en el suministro de contenidos y servicios digitales. 2.2.1 Restricciones y limitaciones en el uso del contenido digital derivadas de

derechos de propiedad intelectual: a) Adquisición de programas de ordenador. b) Adquisición de contenidos digitales (distintos de *software*) con carácter indefinido mediante descarga o acceso *online*. c) Acceso a contenidos digitales o suministro de servicios digitales con carácter temporal.

2.2.2 La exclusión de los requisitos objetivos de conformidad.–

III. *Conclusiones.–Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, en los últimos años ha sido una prioridad de la Unión Europea el regular los cambios introducidos por la digitalización del mercado. Cuestiones tales como la propiedad intelectual y su protección en el nuevo entorno digital, los nuevos bienes digitales, la protección de datos o la inteligencia artificial han sido (o están siendo) objeto de una regulación adaptada a las especiales características y diversa problemática que presentan por encontrarse ahora en un nuevo formato, circular por redes de telecomunicaciones, o ser objeto de tratamientos hasta hace poco desconocidos e inimaginables. No cabe duda de que uno de los principales fines del Derecho de contratos europeo debía ser, también, el de garantizar al consumidor sus derechos como adquirente de los nuevos productos digitales, configurando un régimen jurídico que se adapta a la especial naturaleza que los caracteriza.

Con esta finalidad se promulgaron, entre otras, dos Directivas en 2019: la Directiva 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 (en adelante, DCCB) y la Directiva 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 (en adelante, DCSD). Con ellas se produjo una adaptación de las normas contractuales europeas a la denominada revolución digital, incorporando reglas al acervo comunitario de consumo adaptadas a estos nuevos productos. En concreto, la regulación de las faltas de conformidad en los contratos de suministro de los contenidos y servicios digitales y de los bienes con elementos digitales, por un lado, y el reconocimiento de la cesión de datos personales del consumidor en el marco de determinados contratos, por otro, han sido,

entre otros, los primeros pasos en orden a adaptar el Derecho de la contratación a la nueva era digital².

En concreto, en la DCCB, partiendo del principio de conformidad del bien con el contrato ya consolidado en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, a la que ha sustituido, se configura un régimen jurídico adaptado a los nuevos bienes y su naturaleza digital (los denominados bienes con elementos digitales³), incorporando nuevos criterios de adecuación de los mismos (tales como su funcionalidad, interoperabilidad o compatibilidad), nuevas obligaciones del empresario (por ejemplo, la de suministrar la actualizaciones de los elementos digitales). En otro orden, se ha aprovechado también

² STAUDENMAYER, *European Review of Private Law*, 2020, p. 222.

³ En efecto, una de las novedades de la DCCB respecto de la anterior regulación se encuentra en la inclusión expresa de estos bienes definidos como «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 digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones» (arts. 2.5 b) DCCB y art. 2.3 DCSD). Así, por ejemplo, un smartwatch o un televisor inteligente. En ellos, el componente digital es esencial para que puedan servir al uso para el que normalmente están destinados. De esta forma, la regulación de la compraventa se aplicaría tanto al elemento tangible (el bien) como al componente digital incorporado o interconectado con él mismo. Será, por tanto, el vendedor el que responda por las faltas de conformidad (también jurídica) que presenten los mismos, ya sean en el elemento material ya en el elemento digital. No obstante hay que aclarar que en los casos en los que se suministre el contenido digital en un soporte material, se aplicará el régimen jurídico de los contratos de suministro de contenidos y/o servicios digitales siempre que dicho soporte sirva exclusivamente como portador del mismo. Así, por ejemplo, un DVD, CD, memorias USB o tarjetas de memoria. Por tanto, la DCSD se aplicará tanto al soporte material propiamente dicho, como al contenido suministrado (considerando 20, art. 3.3 DCSD y art. 3.4, a) DCCB) respondiendo en este caso el suministrador del contenido. Así expresamente se dispone en el considerando 13 DCCB: «La presente Directiva y la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo (6) deben complementarse mutuamente. Mientras la Directiva (UE) 2019/770 establece normas sobre determinados requisitos relativos a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, la presente Directiva establece normas sobre determinados requisitos relativos a los contratos de compraventa de bienes. Por consiguiente, para satisfacer las expectativas de los consumidores y garantizar un marco legal claro y sencillo para los empresarios de contenidos o servicios digitales, la Directiva (UE) 2019/770 se aplica al suministro de contenidos o servicios digitales, incluidos los contenidos digitales suministrados en un soporte material, como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, así como al soporte material propiamente dicho, siempre que el soporte material sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales. Por el contrario, la presente Directiva debe aplicarse a los contratos de compraventa de bienes, entre ellos, los bienes con elementos digitales que requieren un contenido o servicio digital para cumplir sus funciones» (resaltado propio). En definitiva, como manifiesta CASTILLA BAREA, 2021, p. 63, el legislador europeo ha optado por reconducir los bienes con elementos digitales y los contenidos y servicios digitales incorporados en un soporte material a un único régimen jurídico en función de si el contenido o servicio digital está al servicio del bien (en cuyo caso de aplica la DCCB) o si el elemento tangible está al servicio del contenido/servicio digital (supuesto al que se aplica la DCSD). A efectos del presente estudio, la falta de conformidad jurídica puede presentarse en el soporte/bien material o en el elemento interconectado/contenido/servicio digital, aplicándose en cada caso los criterios que estudiaremos en las próximas páginas. Es, como hemos visto, el sujeto responsable el que variará según se trate de un bien con elemento digital o un contenido digital incorporado a un soporte material.

para fijar expresamente otros remedios como la suspensión del pago del precio o la indemnización de daños y perjuicios.

Por su parte, la DCSD consagra un régimen jurídico aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, negocios, hasta entonces, carentes de una regulación específica, dotando al consumidor de unos remedios para el caso de que el contenido o servicio digital no sea conforme. No obstante, conviene aclarar que estos acuerdos se definen por su objeto (contenido/servicio digital), de forma que no constituyen un tipo contractual autónomo. Así se dispone expresamente en el considerando 12 DCSD que determina expresamente que: «La presente Directiva tampoco debe determinar la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compra-venta, de servicios, de alquiler o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional». Como veremos más adelante, la calificación que reciba el negocio será esencial para determinar la legitimidad o no de las limitaciones de uso y disposición del contenido o servicio basadas en derechos de terceros.

En definitiva, ambas normas se dirigen, fundamentalmente, a unificar el tratamiento jurídico de dos negocios clave en la economía actual, dando así un nuevo impulso al Mercado único digital⁴.

En nuestro ordenamiento, estas Directivas quedaron incorporadas mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que modificó el 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 (en adelante, TRLGDCU)⁵. La modificación afectó tanto a la parte general del TRLGDCU (Libro II, Título I, Capítulo I), como a la

⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, *RCDI*, 2018, p. 2931.

⁵ En cuanto al uso del Decreto-Ley, la propia Exposición de Motivos lo justifica para evitar el retraso en la transposición de algunas de las Directivas que se incorporan. Así, se dispone que: «Ante la gravedad de las consecuencias de seguir acumulando retraso en la incorporación al ordenamiento jurídico español de tales directivas, resulta necesario acudir a la aprobación de un Real Decreto-ley para proceder a dicha transposición, lo que permitirá cerrar los procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea». Sobre el uso del Decreto-Ley para la transposición de las DCCB y la DCSD, opina ARROYO I AMAYUELAS, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2022, p. 4 que no es adecuada por no concurrir el requisito de la urgencia. Asimismo, determina la autora que en la norma de transposición española se incumple el tenor del artículo 24.1, párrafo tercero DCSD y DCCB, pues no sirve para una adecuada transposición de ese deber la mera referencia a la transposición de las directivas sobre «defensa de los consumidores». Por último, estima la autora que la forma de transposición elegida no favorece «una cabal comprensión e interpretación de la norma de conformidad con las directivas y, en general, de conformidad con el Derecho europeo». Al respecto, opina CÁMARA LAPUENTE, *Diario La Ley*, 2021, pp. 3 y 4 que, en concreto, no se daba la circunstancia de urgente necesidad para la trasposición de las Directivas 770/2019 y 771/2019 mediante Decreto-Ley pues aún existía margen temporal de maniobra para su incorporación mediante una ley ordinaria.

parte relativa a las garantías y servicios de postventa (Libro II, Título IV, Capítulos I-V). En concreto, los artículos 114 a 127 bis contienen ahora el nuevo régimen jurídico de la conformidad y remedios aplicables a la compraventa de bienes y al suministro de contenidos y servicios digitales. Esta reforma entró en vigor el 1 de enero de 2022, cumpliéndose así el mandato de la Directiva (Disposición final octava del Decreto-Ley 7/2021)⁶.

Se optó por una trasposición conjunta de ambas Directivas, solo diferenciándose entre ambos contratos cuando fue necesario. De esta forma, son muchos los preceptos que *comparten* tales como los artículos 115, 115 bis y 115 ter (reguladores de los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad). Otros, sin embargo, deben estar dirigidos, exclusivamente, a una de las dos modalidades contractuales (art. 119 ter, apartados 4 y 5)⁷.

Precisamente, uno de los preceptos que mayores dudas plantean en cuanto a su aplicación es el artículo 117.2 TRLGDCU que

⁶ Respecto a esta Disposición final se ha señalado el desliz del legislador al exceptuar de la entrada en vigor los artículos 126 y 126 bis «que se aplicarán solo a los contratos celebrados a partir de esa fecha», lo que hace pensar que las demás normas se aplicarán con efectos retroactivos a los contratos celebrados antes del 1 de enero de 2022, pero que continúen en vigor. Sin embargo, para la compraventa de bienes (incluidos aquellos bienes con elementos digitales), el artículo 24.2 de la Directiva 2019/771 establece que: «Lo dispuesto en la presente Directiva no se aplicará a los contratos celebrados antes del 1 de enero de 2022». Por tanto, el legislador español ha realizado una trasposición incorrecta de la norma europea, debiéndose aplicar el régimen jurídico solo a los contratos celebrados a partir de la fecha indicada. Como indica CÁMARA LAPUENTE, *Diario La Ley*, 2021, p. 10, es lógico que así sea para conceder un margen de adaptación a los vendedores para que adapten sus clausulados generales. No es de la misma opinión ARROYO I AMAYUELAS, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2022, p. 3, que considera que el legislador español está legitimado para aplicar la norma de transposición nacional sin hacer uso del periodo de transición, o a contratos distintos a los por ella previstos, en este caso sobre la base de la fecha de conclusión.

⁷ En nuestra opinión, sin embargo, hubiese sido preferible una trasposición separada en dos títulos diferentes del TRLGDCU, diferenciándose así el tratamiento en uno y otro caso. En efecto, el régimen no es exactamente el mismo y su unificación no se justifica de ningún modo, pues la naturaleza de ambos contratos difiere también en aspectos esenciales. De la misma opinión, ARROYO I AMAYUELAS, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2022, p. 13. La Exposición de Motivos (Apartado IX) del Decreto-Ley 7/2021 justifica su tratamiento conjunto del siguiente modo: «permite evitar reiteraciones, además de incrementar la seguridad jurídica en su aplicación, al mantener los mismos conceptos y previsiones normativas que se aplicarán indistintamente a todas las situaciones que no requieran esa diferenciación por la naturaleza de la prestación acordada. Este enfoque facilita que los supuestos mixtos, cada vez más frecuentes, en los que el bien y el servicio o contenido digital formen un conjunto funcionalmente inseparable, tengan una regulación clara y unificada, sin pasar de una disposición a otra según el modo en que se ofrezcan en el mercado». Parece aquí que olvida el legislador nacional que, en los supuestos de contratos mixtos, cuando el bien y el servicio o contenido digital formen un conjunto funcionalmente inseparable, se aplica, exclusivamente, el régimen de la compraventa de bienes a todos los elementos (art.3.3 DCCB). A favor de esta opción CÁMARA LAPUENTE, *Diario La Ley*, 2021, pp. 5, 6 y 7. No obstante, el propio autor pone de relieve que el legislador ha cometido algún desliz por esta causa. Principalmente al determinar como sujeto responsable en muchos de los preceptos al «empresario» cuando la Directiva 771/2019 habla de «vendedor». También a favor del tratamiento unificado de ambos contratos, ARNAU RAVENTÓS, *Revista de Educación y Derecho*, 2021, p. 3 y ÁLVAREZ MORENO, 2022, p. 133.

regula la falta de conformidad jurídica de los bienes y contenidos/servicios digitales, trasponiendo de forma conjunta el artículo 10 DCSD y el artículo 9 DCCB.

En concreto, dispone el artículo 10 DCSD lo siguiente: «Cuando una restricción derivada de la vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, impida o limite el uso de los contenidos o servicios digitales de conformidad con los artículos 7 y 8, los Estados miembros velarán por que el consumidor pueda exigir las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en el artículo 14, salvo que el Derecho nacional prevea en estos casos la nulidad o la rescisión del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales». De un modo prácticamente idéntico, para la compraventa de consumo, establece el artículo 9 DCCB: «Cuando una restricción derivada de la vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, impida o limite la utilización de los bienes de conformidad con los artículos 6 y 7, los Estados miembros velarán por que el consumidor pueda exigir las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en el artículo 13, salvo que el Derecho nacional prevea en estos casos la nulidad o la rescisión del contrato de compraventa».

Dichos preceptos han sido incorporados al artículo 117. 2 TRLGDCU que establece lo siguiente: «Cuando, a consecuencia de una vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, se impida o limite la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, el consumidor o usuario podrá exigir igualmente, en el supuesto de su falta de conformidad, las medidas correctoras previstas en el apartado anterior, salvo que una ley establezca en esos casos la rescisión o nulidad del contrato». Se regula, por primera vez, el supuesto de la falta de conformidad jurídica en el Derecho contractual de consumo, determinándose expresamente que el consumidor podrá acudir, en este caso, a las medidas correctoras, salvo que la Ley establezca otro remedio como la rescisión o la nulidad del contrato.

La anterior Directiva 1999/44 no regulaba expresamente la falta de conformidad jurídica de los bienes con el contrato⁸. La causa de esta ausencia de regulación podría deberse a que este era un supues-

⁸ La anterior normativa regulaba, exclusivamente, las denominadas faltas de conformidad materiales (anterior art. 116 TRLGDCU). Aunque es cierto ya se exigía al vendedor la transmisión de la propiedad al comprador (anterior art. 59 bis, 1, apartado a) TRLGDCU), entendemos que el tratamiento del incumplimiento de esta obligación debía reconducirse entonces al Código civil. En concreto, al artículo 1124, al tratarse del incumplimiento de una obligación principal del contrato. Ahora, sin embargo, se incorporan en la legislación de consumo los supuestos tradicionalmente regulados en los Códigos civiles como evicción y cargas y gravámenes ocultos en la cosa vendida que se habían mantenido al

to bastante excepcional en el mercado de bienes materiales donde debía ser prácticamente anecdótico que un tercero reclamara un derecho sobre la cosa vendida, teniendo en cuenta, además, que en la mayoría de los casos se trata de venta de cosa genérica. Sin embargo, este supuesto ya había sido objeto de regulación en otros instrumentos como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG) y la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de la compraventa europea (COM (2011) 635 final. CESL en sus siglas inglesas). En la Convención, este supuesto se regula en los artículos 41 y 42, distinguiéndose entre el supuesto general y aquel en el que el derecho del tercero se basa en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual. El artículo 41 CISG dispone lo siguiente: «El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42». Por su parte, el CESL regulaba el supuesto en el artículo 102, cuyo punto primero establecía que: «Los bienes y los contenidos digitales deberán estar libres de cualquier derecho o pretensión no manifiestamente infundada de terceros».

En nuestra opinión, resulta un acierto del legislador el haber incorporado este supuesto dentro del amplio paraguas de la falta de conformidad del bien con el contrato. Consideramos muy conveniente, desde el punto de vista de protección del consumidor, que se requiera la conformidad jurídica del bien de forma que este pueda usarlo sin interferencias de terceros. Asimismo, entendemos que una regulación en la que se califica este supuesto como un incumplimiento del contrato y, en consecuencia, otorga al consumidor los remedios propios de este supuesto, resulta más simplificada y, sin duda, aporta coherencia y seguridad jurídica al régimen de los contratos de compraventa y suministro de contenidos digitales⁹.

Dicho esto, no podemos negar que la regulación del TRLGDCU es muy parca y contribuye poco a esclarecer el tratamiento de la misma. En efecto, son muchas las dudas que suscita el supuesto tal y como aparece descrito en el artículo 117.2 TRLGDCU pues el

margen de la regulación de las compraventas entre un consumidor y un profesional. *Vid.* OLIVA BLÁZQUEZ, 2014, p. 371.

⁹ Desde ya hace tiempo algunos como autores como MORALES MORENO, 2006, pp. 119 y 137, abogaban por la supresión de la obligación de saneamiento por evicción o vicios ocultos del Código civil y que fuera sustituida por la exigencia de conformidad y de entrega de la cosa libre de derechos y pretensiones de tercero.

legislador se ha limitado a reproducir, casi literalmente, el artículo 9 DCCB y el 10 DCSD, sin describir los requisitos o presupuestos necesarios para que se aprecie esta disconformidad jurídica¹⁰. Requisitos que, necesariamente, han de ser diferentes para la compraventa y el suministro de contenidos digitales.

Al respecto, debemos tener en cuenta que la falta de conformidad jurídica puede afectar a un bien material, lo que en nuestro ordenamiento se conoce, tradicionalmente, como un supuesto de evicción o de existencia de cargas o gravámenes ocultos que impiden el uso pacífico de la cosa adquirida por parte del comprador. Es cierto que este supuesto será extraño en la compraventa de consumo pues es difícil que exista un derecho de un tercero sobre el bien vendido que impida o limite su uso por parte del consumidor. En efecto, en la mayoría de los casos, se trata de un bien previamente adquirido por el vendedor profesional sin que suelan presentarse problemas en torno a su conformidad jurídica. Por ello, creemos que la nueva regulación tendrá poca aplicación, siendo más corriente en las contrataciones entre particulares, sobre las que sigue rigiendo nuestro Código Civil.

Admitido esto sin ninguna reserva, queremos subrayar la importancia que pudiera tener esta nueva regulación en orden a modernizar el régimen contenido en el Código, generalizando así las soluciones halladas en el TRLGDCU para todas las compraventas. Al fin y al cabo, no podemos negar que la expectativa normal del comprador de un bien es la de que el mismo se adquiere libre de derechos de terceros. De esta forma, la frustración de esta legítima expectativa puede ser configurada, según los casos, como un incumplimiento del vendedor tal y como se dispone ahora en el TRLGDCU, concediéndose en este supuesto una serie de derechos al comprador. En nuestra opinión, por tanto, el estudio del artículo 117.2 TRLGDCU resulta necesario como modelo de regulación para otros supuestos de disconformidad jurídica más habituales como los que se plantean en la contratación entre particulares.

Por otro lado, uno de los aspectos claves de los contenidos/servicios digitales es que su adquisición se basa en la cesión de uso de los mismos durante un tiempo más o menos prolongado. Por ello, uno de los problemas que se pueden plantear es que se impida su uso o se restrinjan ciertas utilidades por parte de los propietarios de estos. Esta cuestión ha sido tradicionalmente enfocada desde la propiedad intelectual de los creadores o explotadores de contenidos, y pocas veces se ha abordado desde una perspectiva contractualista de defensa de los derechos del consumidor y sus expectativas razona-

¹⁰ CASTILLA BAREA, 2021, p. 334.

bles en el uso del contenido digital adquirido. No obstante, con la nueva regulación se manifiesta esta interacción entre el Derecho contractual y el Derecho de autor, así como la responsabilidad del suministrador en estos casos, que conviene analizar y desentrañar para concretar en qué casos estamos ante una falta de conformidad jurídica del contenido o servicio digital de la que deberá responder el suministrador de acuerdo con la normativa.

En definitiva, el objetivo del presente trabajo es el estudio de esta nueva regla, su esclarecimiento y la fijación de todos los elementos que han de concurrir para que nazcan los remedios previstos en la legislación. Para ello, hemos de analizar la falta de conformidad jurídica cuando se presenta en el bien vendido, por un lado, y en los que se manifiesta en el contenido o servicio digital, por otro. Como veremos, ambos supuestos plantean distintas cuestiones merecedoras de un estudio separado, teniendo en cuenta la distinta dinámica que presenta la propiedad sobre los bienes materiales respecto de la propiedad intelectual sobre los contenidos digitales.

II. LA FALTA DE CONFORMIDAD JURÍDICA COMO SUPUESTO ESPECIAL DE INCUMPLIMIENTO

En una primera aproximación, la falta de conformidad jurídica puede definirse como aquel defecto o vicio del bien o del contenido digital que afecta a su situación jurídica y que determina la existencia de limitaciones, gravámenes o privaciones en el derecho del adquirente del mismo, constituyendo la misma una falta de conformidad (esto es, un supuesto de incumplimiento contractual) de acuerdo con los artículos 115 bis y 115 ter TRLGDCU, reguladores de los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad¹¹.

¹¹ En efecto, se introduce por primera vez la distinción entre los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad, distinción que no se hacía en la anterior normativa en la que se determinaban, de forma general, los requisitos de conformidad con el contrato. Los requisitos subjetivos se refieren a los parámetros de conformidad del bien entregado con el programa prestacional previsto en el contrato o por acuerdo expreso entre las partes. Por su parte, los requisitos objetivos son aquellos criterios legales de determinación del cumplimiento de la obligación por parte del vendedor. Estos tienen como fin fundamental fijar unos parámetros mínimos sobre la calidad y adecuación de los bienes entregados, sin necesidad de recurrir a una negociación expresa sobre esta cuestión o a la redacción específica de los mismos en el acuerdo celebrado. Se uniforman con ellos, además, la protección del consumidor extendiéndose la misma a todos los casos. Se trata, en cualquier caso, de una distinción dogmática, pues ambos parámetros (los objetivos y subjetivos) determinan el cumplimiento de la prestación, en la medida en que resulten aplicables, sin que exista una jerarquización entre ellos de forma que haya que acudir primero a unos y, en defecto de estos, a los otros.

Uno de los problemas que plantea el precepto es que el legislador, al regular el supuesto de la falta de conformidad jurídica ha tenido en mente, fundamentalmente, a aquellas que afectan a los contenidos/servicios digitales, de forma que el artículo está pensado para infracciones derivadas de la propiedad intelectual (que es la que mayoritariamente afecta a los contenidos digitales) y no en las traen causa de derechos sobre la cosa¹². No se distingue, sin embargo, entre ambos tipos de vulneración, si no que se ha regulado en un solo supuesto. Ciertamente, será mucho más frecuente la falta de conformidad jurídica en el contenido digital pues es difícil que se venda un bien sobre el cual existen derechos de terceros. No obstante, la realidad es que esta regulación se aplica tanto a los contenidos o servicios digitales como a los bienes materiales objeto de un contrato de compraventa y que plantea dudas importantes en ambos casos.

Por todo ello, conviene dilucidar cuáles son los supuestos comprendidos, así como determinar las consecuencias jurídicas en cada uno de los casos en los que puede plantearse. Antes de esto, sin embargo, podemos adelantar algunas ideas previas que pueden extraerse del precepto.

En línea de principio, podemos afirmar que la conformidad jurídica de los bienes, tal y como aparece configurada en el artículo 117.2 TRLGDCU, trata de garantizar, esencialmente, que estos puedan ser usados por el consumidor libremente, sin interferencias de terceros. Lógicamente, la norma no está haciendo referencia a perturbaciones de hecho que pueda estar sufriendo el adquirente, si no a perturbaciones jurídicas, estas son, aquellas en virtud de las cuales un tercero puede impedir o limitar su uso por derecho propio. Asimismo, se ha de recordar que, aunque el precepto utilice la expresión «se impida o limite la *utilización* de los bienes», en virtud del contrato de compraventa de consumo, el vendedor está obligado a transmitir la propiedad de los bienes al comprador (art. 59 bis, letra f) TRLGDCU¹³) y no solo asegurar su posesión pacífica, obligación que, sin duda, habrá de tener alguna incidencia en el tratamiento jurídico de esta garantía.

Además, se exige por el precepto que la restricción (permanente o temporal) que impida el uso del bien o contenido digital por parte del consumidor constituya una falta de conformidad de acuer-

¹² De la misma opinión, CASTILLA BAREA, 2021, p. 96. También, ATAZ LÓPEZ, 2023, p. 65.

¹³ El precepto define el contrato de compraventa como «todo contrato celebrado, en el ámbito de una relación de consumo, en virtud del cual el empresario transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes al consumidor o usuario pudiendo llevar incluido la prestación de servicios».

do con los criterios objetivos y subjetivos. A ello hace referencia la expresión que establece que el consumidor tendrá, en este caso, los remedios previstos en la normativa «en el supuesto de su falta de conformidad». En efecto, debemos tener en cuenta que pueden existir restricciones derivadas de derechos de terceros que impidan o limiten el uso del bien y que no constituyan, sin embargo, una falta de conformidad porque estas están previstas en el contrato, porque son las que razonablemente el consumidor puede esperar o porque así se ha informado de ello específicamente por el empresario y ha sido aceptado de forma expresa por el consumidor. Por tanto, habrá que estar al caso concreto para determinar si existe o no una falta de conformidad que dé lugar al ejercicio de los derechos regulados en la normativa.

El precepto no exige, por último, que el vendedor conozca la existencia del derecho del tercero (ni la limitación o restricción que deriva del mismo) para hacerle responsable. Por tanto, al igual que ocurre con los defectos materiales, este hecho resulta indiferente, debiendo en todo caso responder frente al adquirente¹⁴.

Una vez aclaradas estas cuestiones y sin perjuicio de que debamos volver a ellas más adelante, comenzaremos estudiando el supuesto de la falta de conformidad jurídica del bien mueble vendido para determinar los presupuestos necesarios para que nazcan los remedios a favor del consumidor. A continuación, analizaremos el mismo caso cuando afecta a un contenido o servicio digital.

2.1 LA FALTA DE CONFORMIDAD JURÍDICA EN LA COMPRAVENTA DE BIENES MUEBLES MATERIALES

En el supuesto de la falta de conformidad que afecta al bien objeto de un contrato de compraventa se exige, en línea de principio, que se impida el derecho del consumidor a usar el bien por la

¹⁴ La noción de conformidad de los bienes no requiere, en efecto, la culpa del vendedor para hacerlo responsable. En consecuencia, el consumidor podrá ejercer los derechos que le asisten con independencia de si existe una conducta reprochable e imputable al vendedor. VAQUER ALOY, *Anuario de Derecho Civil*, 2011, p. 12. Dispone al respecto MARÍN LÓPEZ, 2009, p. 1664 que la adopción de este esquema de responsabilidad está plenamente justificada pues lo que se pretende proteger es el interés del comprador en recibir un bien que sea conforme con el contrato. El vendedor tendrá que responder no porque su comportamiento sea reprochable, sino porque el comprador no ha visto satisfecho su interés jurídicamente protegido de recibir un bien sin faltas de conformidad. No obstante, como sigue manifestando el autor, como contrapartida a la atribución de responsabilidad del vendedor se le concede a este un derecho de regreso que le permitirá dirigirse contra el verdadero responsable de la falta de conformidad (anterior art. 124. 3 TRLGDCU. Actualmente, art. 125.2 TRLGDCU).

existencia de derechos de terceros sobre el mismo. Pensemos, por ejemplo, en un consumidor que adquiere un teléfono móvil de segunda mano de un vendedor. Tras varios meses, recibe una notificación por la cual se le reclama el mismo en virtud de un derecho de propiedad que alega el reclamante. Igualmente, podría reclamarse una bicicleta, una nevera o un *smartwatch* por un arrendatario del mismo que lo llevó al establecimiento del arrendador/propietario para su reparación. El vendedor, aprovechando que lo tenía en su tienda, se lo vende a un tercero. También, por ejemplo, en los casos en los que existe un mandamiento de embargo sobre el bien y este es anterior a la compra. Igualmente, pueden darse supuestos de interposición de acciones referentes a derechos de retención sobre la cosa o fraude de acreedores¹⁵.

Conviene determinar los presupuestos que exige la norma para que nazcan los remedios a favor del adquirente¹⁶. De acuerdo con el tenor literal del artículo 117.2 TRLGDCU, son dos los requisitos exigidos. En primer lugar, que exista, efectivamente, una vulneración de un derecho de un tercero que impida o limite el uso del bien por parte del consumidor. En segundo lugar, que ello constituya una falta de conformidad de acuerdo con los requisitos objetivos y/o subjetivos regulados en los artículos 115 bis y 115 ter TRLGDCU. Veamos cada uno de estos con detenimiento.

¹⁵ Aunque los supuestos de evicción sobre bienes inmuebles son los más habituales, también existen casos sobre bienes muebles. Entre otras, SAP Barcelona de 19 diciembre de 2005 (JUR 2006\48419, privación a la compradora de la facultad de reivindicar los teléfonos móviles adquiridos por contrato de compraventa a quien no era propietario), SAP Segovia de 4 abril de 1995 (AC 1995\629 sobre un contrato de compraventa de un vehículo gravado con un embargo), SAP Cantabria de 15 octubre de 2003 (JUR 2004\35752, saneamiento por evicción por compraventa de automóvil previamente embargado), SAP Valencia de 23 de noviembre de 2006 (JUR 2007\128203 saneamiento por evicción en una compraventa de vehículo), SAP Alicante de 23 de febrero de 2005 (JUR 2005\109259, compraventa de vehículo previamente embargado), SAP Madrid 27 de julio de 2004 (JUR 2005\19842, compraventa de vehículo gravado con un embargo previo). Como ya se ha indicado en el texto, estos supuestos no son frecuentes en las compraventas de consumo de forma que el estudio del artículo 117.2 TRLGDCU debe ser enfocado desde un punto de vista de *lege ferenda*, como modelo para las demás compraventas.

¹⁶ La DCCB solo hace referencia al supuesto en el considerando 35 que reproduce casi literalmente lo establecido en el artículo 9: «La conformidad debe aplicarse tanto a los vicios materiales como a los vicios jurídicos. Las restricciones resultantes de una vulneración de los derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual o industrial, podrían impedir o limitar la utilización de los bienes con arreglo al contrato. Los Estados miembros deben garantizar que, en tales supuestos, el consumidor tenga derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en la presente Directiva, a menos que, en tales supuestos, el Derecho nacional disponga la nulidad del contrato o su rescisión».

2.1.1 Existencia de la vulneración de un derecho perteneciente a un tercero que impida o limite la utilización del bien. Pretensiones de terceros fundadas e infundadas

En primer lugar, la norma exige que la falta de conformidad provenga de la vulneración de un derecho de un tercero sobre la cosa. Lógicamente, el derecho ha de ser anterior a la compra, es decir, ha debido ser constituido por una persona diferente del comprador y antes de su adquisición por este, pues solo en este caso cabe exigir la responsabilidad del vendedor. En efecto, los vicios o defectos de los que responde el empresario son siempre aquellos que ya existían en el momento de celebración del contrato, aunque se manifiesten con posterioridad (art. 117.1 TRLGDCU¹⁷). En cualquier caso, como ya se ha indicado, no es necesario que el vendedor conozca la existencia del derecho pues la responsabilidad consagrada en el TRLGDCU es objetiva, atendiendo a la naturaleza de la obligación que asume el vendedor la cual es una obligación de resultado, esta es, la de entregar un bien material y jurídicamente conforme¹⁸.

El derecho impeditivo o limitativo del uso puede ser de naturaleza personal o real pues el precepto no distingue y ambos tipos de derechos pueden constituir una limitación importante que afecte a la utilización normal del bien en cuestión. Hay que tener en cuenta, además, que las compraventas de consumo recaen sobre bienes muebles y lo normal es que sobre estos se constituyan derechos de crédito que cedan, por ejemplo, el uso del bien de forma temporal. Resulta mucho más infrecuente la constitución de derechos reales limitados sobre este tipo de bienes.

Se requiere, asimismo, que exista una vulneración, es decir, que el uso del bien por parte del consumidor esté lesionando el derecho perteneciente a un tercero y que, por ello y al amparo del mismo, puede impedir que dicho uso se siga produciendo. Al fin y al cabo, se exige la existencia de una infracción que puede ser legítimamente impedida. Al respecto, hemos de tener en cuenta que las meras perturbaciones de hecho que afecten al uso del bien no están incluidas en el ámbito de aplicación del precepto y, por tanto, en estos casos el consumidor no puede exigir responsabilidad al vendedor

¹⁷ En el precepto comienza estableciéndose que: «El empresario responderá ante el consumidor o usuario *de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien...*» (resaltado propio).

¹⁸ Lo mismo ocurre con el régimen de saneamiento del Código civil en el que se hace responsable al vendedor por la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y por los vicios o defectos ocultos que tuviere, aunque los desconozca (art. 1476 *a contrario* y art. 1485, ambos del Código Civil).

como consecuencia de las mismas. Será el comprador el que deba defenderse con los medios de los que disponga como propietario del bien adquirido.

Otra cuestión que puede plantearse es qué ocurre con las meras pretensiones de terceros entendidas estas como las reclamaciones judiciales o extrajudiciales del bien que, sin embargo, aún no han impedido de forma efectiva la utilización del mismo. El legislador no ha hecho referencia expresa a las mismas. En las compraventas de consumo ¿se protege también al consumidor en los casos en los que existan estas pretensiones? Una primera lectura del precepto parece indicar que exige que el impedimento o la limitación en la utilización del bien se produzca de forma efectiva y ello solo se conseguirá si finalmente el tercero acaba venciendo. No obstante, esta interpretación determina que el consumidor deba incurrir en unos gastos en defensa de su derecho, lo que puede ser una carga excesiva¹⁹. En esta línea, entendemos que el consumidor debe estar también protegido en estos casos y ello por los siguientes motivos.

Por un lado, porque, en nuestra opinión, el fundamento del artículo 117.2 TRLGDCU está en garantizar la utilización de la cosa sin interferencias de terceros. Por ello, cualquier reclamación que haga peligrar esta utilización por parte del consumidor ha de reputarse como suficiente para que este tenga a su disposición los remedios previstos. El vendedor está obligado a garantizar una posesión pacífica de la cosa, lo que incluye una posesión ausente de pretensiones de terceros que se basen en derechos anteriores al contrato²⁰.

Por otro lado, como ya se ha indicado, una interpretación literal del precepto obliga al consumidor a defenderse frente a pretensiones de derechos que ya existían en el momento de la compraventa (aunque fueran desconocidas por el vendedor) para obtener los remedios previstos en la normativa lo que resulta, sin duda, excesivamente gravoso. Al fin y al cabo, de acuerdo con las expectativas normales del consumidor, se debe asegurar que este no adquiere un pleito para defender su derecho²¹.

¹⁹ Sobre esta cuestión, queremos traer aquí las palabras del profesor MIQUEL GONZÁLEZ, *Revista de Derecho. División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, 2006, p. 236 que reflexiona lo siguiente: «En ciertos casos un comprador puede estar más interesado en que el vendedor le responda por la posesión pacífica que por la transmisión de la propiedad. Los defectos jurídicos tienen diversas manifestaciones y uno de las más graves consiste en litigios que producen muy serios perjuicios y considerables molestias, aunque se ganen. Por eso, creo que la responsabilidad por no haber transmitido la propiedad o no haberla transmitido libre de derechos de terceros no es bastante».

²⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, *Revista de Derecho. División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, 2006, p. 262 opina, al respecto que, aunque defender al comprador de las pretensiones de terceros puede parecer exagerado, no hay que olvidar que el vendedor está obligado a la posesión legal y pacífica y que la posesión deja de tener esa deliciosa cualidad cuando alguien la demanda judicialmente para sí.

²¹ MIQUEL GONZÁLEZ, 1998, p. 372.

Sobre dicha cuestión tradicionalmente se ha distinguido entre las pretensiones fundadas y las manifiestamente infundadas. Al respecto, hay que tener en cuenta que, en muchos casos, el derecho del tercero será manifiesto o, al menos, discutible (así, por ejemplo, un mandamiento de embargo anterior a la compra) y, en otros, se materializará en una pretensión de un tercero carente, por completo, de fundamento. Por ello, conviene distinguir entre las pretensiones manifiestamente infundadas de aquellas que, al menos aparentemente, están fundamentadas.

Respecto a las primeras, es decir, aquellas que, por incongruentes o injustificadas, no tienen ninguna posibilidad de éxito ¿han de ser consideradas como faltas de conformidad jurídicas o, por el contrario, han de equipararse a las perturbaciones de hecho que, como hemos visto, quedan fuera del ámbito de protección de la norma? Piénsese, por ejemplo, en la reclamación al consumidor de un ordenador nuevo, comprado en una tienda, por parte de un tercero que alega tener un derecho de uso sobre el mismo (lo que sería manifiestamente extraño) o incluso alega ser propietario.

En nuestra opinión, las pretensiones claramente infundadas deben equivaler a las perturbaciones de hecho y, en consecuencia, no cabe exigir aquí responsabilidad al vendedor. El artículo 117.2 TRLGDCU exige una vulneración de un derecho de tercero, es decir, la existencia de un derecho sobre la cosa capaz de impedir o limitar su uso por parte del consumidor. Las pretensiones claramente infundadas no tienen ninguna virtualidad para impedir la utilización del bien. En este caso, es el comprador el que cuenta con los medios jurídicos necesarios para la defensa de su derecho. En efecto, creemos que el riesgo de pretensiones no fundadas ha de recaer sobre el adquirente pues no se basan en un derecho anterior a la compra y quedan fuera de la órbita de control del empresario. Al fin y al cabo, no siempre se puede evitar que una persona alegue tener un derecho, incluso el de propiedad, sobre el bien vendido, aunque la pretensión no tenga ningún fundamento real²².

Sin embargo, no ocurre lo mismo con las pretensiones de terceros que, al menos aparentemente, estén fundamentadas. En este caso, resultará discutible la existencia del derecho y, en consecuencia, el consumidor se verá obligado a defender su posición como adquirente del bien con el riesgo de perderlo. Por ello, creemos que el comprador debe contar con los remedios que le permitan dirigirse contra el vendedor antes de incurrir en gastos para defender su discutido derecho sobre la cosa.

²² CORRAL GARCÍA, 2015, p. 468.

Sin duda, la delimitación entre un supuesto y otro no siempre será fácil teniendo en cuenta, además, que el consumidor no tiene porqué conocer el Derecho y, en consecuencia, no siempre tendrá las herramientas para saber cuando una pretensión está bien fundamentada o, por el contrario, carece por completo de fundamento. Por ello, consideramos que solo deben quedar fuera del ámbito de aplicación de la norma aquellas situaciones en las que de forma muy evidente se está ejerciendo un derecho inexistente sobre la cosa. Al fin y al cabo, nos referimos a pretensiones completamente frívolas y, por ello, inocuas. No así cuando el consumidor pueda dudar, de forma razonable, sobre la existencia del derecho²³.

En definitiva, en atención a lo defendido hasta ahora, debe hacerse una interpretación amplia del precepto y asimilar los casos en los que efectivamente se impide o limita la utilización del bien con aquellos es los que existe dicho peligro por la existencia de una pretensión (no frívola, ni trivial) de tercero sobre la cosa.

En este sentido, se requiere la existencia de una infracción de un derecho perteneciente a un tercero suficiente para impedir o limitar el uso del bien por parte del comprador. Si este derecho no existe o no es anterior a la compra, no habrá falta de conformidad jurídica y, en consecuencia, tampoco responsabilidad del vendedor. Sí habrá falta de conformidad cuando la pretensión del tercero esté debidamente fundamentada o, más bien, no esté, de forma patente, ausente de fundamento, de forma que no se obligue al comprador a incurrir en gastos en defensa de su derecho sin la debida garantía de éxito. El vendedor responderá por la existencia de perturbaciones jurídicas que puedan impedir o limitar el uso del bien. Debe garantizar, así, la posesión libre de reclamaciones de terceros.

Por último, una cuestión trascendental es si el consumidor ha de esperar a que el tercero ejerza su derecho (por ejemplo, mediante una reclamación judicial o extrajudicial) o basta su conocimiento sobre la existencia del mismo para que pueda ejercitar los remedios a su disposición. Puesto que el artículo no determina expresamente si es necesaria o no dicha reclamación, creemos que es útil acudir a la normativa que sobre la falta de conformidad jurídica existe en otros textos y compararla con la del TRLGDCU para intentar dilucidar qué se exige exactamente en el caso estudiado.

Por un lado, el artículo 41 CSIG determina que el vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o

²³ De la misma opinión, ROSENKRANZ, 2020, p. 191, que determina que solo en los casos muy obvios de reclamaciones infundadas puede esperarse que el consumidor siga usando el contenido o servicio digital, reflexión perfectamente aplicable también a las pretensiones sobre los bienes materiales. Así también habría de interpretarse el artículo 102 CESL según ZOLL, 2012, p. 482.

pretensiones de un tercero (del mismo modo, el art. 102 CESL). Aquí parece claro que no exige una reclamación (ni judicial ni extrajudicial) del bien, ni siquiera que se impida el uso de la cosa. De esta forma, si finalmente las mercancías se entregan con algún gravamen o derecho, el vendedor habrá incumplido con su obligación, debiendo responder por ello aunque estos derechos no se ejerçiten²⁴.

Así también estaba redactado el precepto en la Propuesta de DCCB de 2015 y en la posterior de 2017. En la primera, el artículo 7 determinaba expresamente que: «En el momento adecuado para establecer la conformidad con el contrato como se determina en el artículo 8, *los bienes deben estar libres de cualesquiera derechos de terceros*, incluido por motivos de propiedad intelectual de forma que los bienes puedan utilizarse de conformidad con el contrato» (resaltado propio)²⁵. La propuesta modificada de 2017 se mantuvo en dichos términos.

En nuestro caso, atendiendo a la literalidad del artículo 117 TRLGDCU (*a consecuencia de una vulneración de derechos de terceros.....se impida o limite la utilización de los bienes*) parece que el legislador está exigiendo, al menos, que la pretensión del tercero se realice efectivamente de forma que exista el peligro de que el consumidor vea limitado o impedido su uso sobre el bien. Como podemos observar, nada se establece sobre la obligación de entregarlo libre de derechos. Solo habrá responsabilidad, según lo dispuesto, cuando estos derechos consigan impedir o limitar el uso del bien al adquirente y ello solo ocurre cuando se ejercita la acción en defensa de los mismos. No cabe duda de que esta interpretación es la que menos favorece al consumidor pues, según la misma, aun conociendo la existencia del derecho de tercero, no podrá ejercitarse los remedios hasta que este lo haya hecho valer.

No obstante todo lo anterior, ¿es posible interpretar el precepto en el sentido de que el vendedor está obligado a entregar la cosa

²⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, 1998, cit., p. 370.

²⁵ En concreto, el considerando 21 de la citada propuesta de Directiva determinaba que: «La conformidad debe cubrir los defectos materiales y los defectos legales. Los derechos de terceros y otros defectos legales pueden impedir de forma efectiva que el consumidor disfrute de los bienes conforme al contrato, cuando el titular del derecho le oblige debidamente a dejar de infringir dichos derechos. Por lo tanto, el vendedor debe garantizar que los bienes están libres de cualquier derecho de terceros que impidan al consumidor disfrutar de los bienes de conformidad con el contrato» (resaltado propio). Del mismo modo, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 2015, establecía expresamente la obligación del suministrador de entregar los contenidos y servicios digitales libres de derechos de terceros (art. 8 PDCSDC). No obstante, la exigencia de entregar los contenidos digitales libres de derechos de terceros no resultaba posible teniendo en cuenta la existencia de algunos derechos inalienables reconocidos en la legislación sobre propiedad intelectual. Por ello, se prefirió la redacción dada finalmente al precepto.

libre de derechos de terceros? No cabe duda de que, como ya se ha indicado, una interpretación literal no nos puede llevar a pensar que dicha obligación exista, pues la falta de conformidad jurídica se produce solo cuando este derecho logra impedir o poner en peligro el uso de la cosa por parte del consumidor y no por la sola existencia del mismo. Sin embargo, tenemos también argumentos a favor de estar interpretación.

En primer lugar, debemos tener en cuenta la finalidad del precepto cual es la de proteger al consumidor en los casos de disconformidad jurídica también cuando esta se manifiesta en el bien material. Exigir que este espere a que exista una reclamación del tercero puede ser desproporcionado cuando conoce la existencia del derecho concurrente. Hay que tener en cuenta, además, que en dicha espera puede expirar el plazo de garantía y que el consumidor pierda la posibilidad de ejercitar sus derechos²⁶.

Asimismo, si el consumidor sigue en posesión de la cosa conociendo la existencia de un derecho de tercero sobre la misma, se transforma en un poseedor de mala fe (art. 434 CC), lo que determinará un régimen mucho más estricto en el caso de que finalmente deba entregar el bien al tercero²⁷. En esta línea, no se puede exigir al consumidor que siga poseyendo el bien cuando conoce la existencia de un derecho sobre el mismo.

Por último, como hemos visto, la falta de conformidad jurídica se relaciona directamente con los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad. Por tanto, esta ha de calificarse como un incumplimiento de dichos requisitos por parte del vendedor, esto es, en una infracción de lo declarado por este (bien en el contrato, bien en la publicidad o bien en la información precontractual suministrada al consumidor) o de lo que el consumidor podía razonablemente esperar. En atención a ello creemos que en las compraventas de consumo, el consumidor puede legítimamente esperar que la cosa se encuentre libre de cualquier derecho de tercero que pueda impedir o limitar su utilización. En efecto, lo habitual en el mercado es que el bien pase de su productor al vendedor y, de este, al consumidor, sin que en dichas transmisiones haya intervenido un tercero adquirente de un derecho sobre el mismo. Igualmente, en las compraventas de bienes usados (las denominadas venta de bienes de segunda mano) lo habitual será que el bien se transfiera libre de cualquier derecho o pretensión de tercero.

²⁶ ROSENKRANZ, 2020, p. 192.

²⁷ Recuérdese, al respecto, el régimen de liquidación del estado posesorio de los artículos 451 ss. CC que somete al poseedor de mala fe a un régimen mucho más riguroso. Así, por ejemplo, el art. 457 dispone que el poseedor de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso mientras que el poseedor de buena fe solo responde por dolo.

Por todo ello, habrá de entenderse que si finalmente existe un derecho de tercero sobre la cosa y no se informa específicamente al consumidor, habrá un incumplimiento del vendedor de acuerdo con el artículo 115 ter, letra d) TRLGDCU que exige que el bien presente la cantidad y posea *las cualidades y otras características* (entre las que se encuentran, sin duda, las características jurídicas) que presenten normalmente los bienes del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar. Este incumplimiento ha de ser necesariamente reconducido al supuesto de falta de conformidad jurídica pues este afecta a la situación jurídica del bien. Todo ello determinará, al fin y a la postre, que el consumidor pueda ejercitar los derechos reconocidos en la legislación, tal y como se establece en el artículo 117 TRLGDCU.

En definitiva, creemos que una lectura del precepto acorde con su finalidad principal y en relación con los artículos 115 bis y 115 ter TRLGDCU, debe llevarnos a concluir que se obliga al vendedor a entregar la cosa libre de cualquier derecho de tercero que impida o limite su utilización y que no se haya previsto en el contrato. En consecuencia, será indiferente si el titular del derecho en cuestión lo ejerce o no pues, con la sola existencia del mismo, el vendedor habrá incumplido su obligación (esta es, la de entregar una cosa sin defectos legales) y, en consecuencia, el consumidor podrá ejercitar los derechos que les corresponden²⁸. Igualmente, obliga a mantener el uso pacífico de la cosa por parte de su adquirente de forma que no se le obligue a pleitear para mantener su derecho sobre la misma. Por tanto, cualquier perturbación jurídica hará nacer los remedios a favor del consumidor que podrá exigir la sustitución del bien (si ello es posible) o la resolución del contrato, en su caso.

2.1.2 La existencia de una falta de conformidad

El legislador ha condicionado el ejercicio de los derechos del consumidor en este caso a que la restricción en el uso y/o la existencia de un derecho de tercero sobre la cosa constituya una falta de conformidad. Por tanto, la disconformidad jurídica debe afectar a cualesquiera de las características previstas en los preceptos que regulan los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad y que en nuestro ordenamiento son los artículos 115 bis y 115 ter TRLGDCU.

La exigencia de que la restricción en el uso o la existencia del derecho de tercero constituya una falta de conformidad trata de

²⁸ MORALES MORENO, 2006, p. 138, defendía una modificación del Código civil en esta línea, obligando al vendedor a entregar la cosa libre de derechos de tercero.

evitar, esencialmente, que el consumidor reclame en los casos en los que, o bien en el contrato o bien según los parámetros legales, podía esperar la existencia de dichas restricciones o derechos. Por esta razón, una vez más nos encontramos aquí con una previsión más pensada para las limitaciones en el uso de los contenidos y servicios digitales. En efecto, son estas las que normalmente se incluirán en el contrato o las que el adquirente del bien puede razonablemente esperar. Como ya se ha indicado, no es frecuente que existan derechos de terceros sobre el bien material y, desde luego, menos frecuente será que, existiendo los mismos y advirtiéndose al consumidor, este decida adquirir el bien²⁹.

Se puede concluir, por tanto, que toda falta de conformidad jurídica del bien material podrá ser considerada un incumplimiento de acuerdo con los parámetros de los artículos 115 bis y 115 ter TRLGDCU. De esta forma, y salvo que se pacte expresamente lo contrario (y sea expresamente aceptado también por el consumidor, tal y como previene el artículo 115 ter, apartado 5 TRLGDCU) el bien deberá entregarse libre de derechos de terceros que impidan o limiten el uso del mismo por parte del consumidor y de cualquier pretensión que pueda, al menos potencialmente, impedir dicho uso.

2.1.3 En especial, la falta de transmisión de la propiedad como supuesto de discrepancia jurídica

Según se ha sostenido tradicionalmente, nuestro Código civil no obliga al vendedor a transmitir la propiedad de la cosa objeto del contrato. En esta línea, se establece que el vendedor solo está obligado a entregar la cosa (arts. 1445 y 1461 CC) y a responder por la posesión legal y pacífica (art. 1461 CC)³⁰. Por ello, el vendedor no incumple si no transmite la propiedad de la cosa en virtud del contrato de compraventa y, en consecuencia, no se otorga la

²⁹ Asimismo, son los derechos de terceros basados en la propiedad intelectual de los contenidos digitales los que pueden afectar, como veremos, a su funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad o al propio acceso a los mismos, lo que determinará que la propia restricción o limitación implique, igualmente, un defecto material según los parámetros objetivos o subjetivos de conformidad. De ahí la relación entre ambos supuestos con el contemplado en el artículo 117.2 TRLGDCU.

³⁰ Ello no quiere decir, sin embargo, que no existan supuestos en los que el vendedor responda por no transmitir la propiedad. Así, por ejemplo, como pone de manifiesto CLEMENTE MEORO, 2014, p. 78, si las partes han convenido expresamente en la obligación del vendedor en transmitir la propiedad o el vendedor afirma que es dueño de la misma. En efecto, es estos casos puede haber dolo del vendedor o un vicio del objeto o de la causa que puede dar lugar a la nulidad del contrato. Igualmente, el comprador podrá acudir a los remedios frente al incumplimiento (la resolución contractual con indemnización de daños y perjuicios).

facultad de resolver al comprador³¹. Por otro lado, el supuesto de saneamiento por evicción regulado en el Código civil no se configura como un supuesto de responsabilidad del vendedor ni, estrictamente hablando, como una forma de sanear la cosa. En efecto, en virtud de este, no se corrige el defecto jurídico si no que recae sobre el vendedor el riesgo de pérdida de la cosa por el comprador, haciéndole pagar el precio de la misma y los demás conceptos establecidos en el artículo 1478 CC³².

En el caso de las compraventas de consumo, la cuestión se plantea de forma diferente teniendo en cuenta que según el artículo 59 bis, letra f) TRLGDCU el vendedor está obligado a transmitir la propiedad del bien al definir el contrato de compraventa como aquel «celebrado en el ámbito de una relación de consumo, en virtud del cual el empresario transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes al consumidor o usuario pudiendo llevar incluido la prestación de servicios». De esta forma, la obligación principal del vendedor consiste en la entrega de la cosa (art. 66 bis TRLGDCU) y la transmisión de su propiedad al comprador³³. Por ello, el vendedor incumplirá su obligación principal si no transfiere la propiedad del bien al consumidor, con independencia de si conoce o no esta circunstancia.

La duda que se plantea es si este supuesto ha de reconducirse al general del artículo 117.2 TRLGDCU, es decir, ser contemplado como un supuesto de disconformidad jurídica, o si ha de tratarse como un supuesto de incumplimiento de la obligación principal del vendedor y estar sometido, en consecuencia, a un régimen jurídico específico y diferente como el caso de la falta de entrega del artículo 66 bis TRLGDCU.

De acuerdo con la interpretación aquí mantenida del artículo 117. 2, en virtud de la cual el vendedor debe entregar la cosa libre de derechos de terceros, la falta de transmisión de la propiedad ha de quedar subsumida en el supuesto de existencia de un vicio jurídico de la cosa y, en consecuencia, aplicar el régimen de los reme-

³¹ Como pone de manifiesto MIQUEL GONZÁLEZ, *Revista de Derecho. División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, 2006, p. 237, sobre la obligación del vendedor de transmitir la propiedad se obtienen respuestas muy claras pero contrarias desde el punto de vista de *lege ferenda* y de *lege data*. Desde el punto de vista de *lege ferenda*, es preferible la respuesta afirmativa. Mas, desde el punto de vista del modelo contractual del Código Civil, de *lege data*, parece más segura la respuesta negativa: el vendedor en general no responde por no haber transmitido la propiedad si no por la privación al comprador de la cosa vendida por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra.

³² MORALES MORENO, 1991, p. 934.

³³ En cualquier caso, puesto que no se regulan expresamente las formas de transmisión, a las compraventas de consumo se les aplica el sistema del título y el modo previsto en el artículo 609 CC. Vid. FENOY PICÓN, *Anuario de Derecho Civil*, 2013, p. 727.

dios del consumidor en estos casos³⁴. En defensa de esta interpretación ha de argumentarse que no existe una regulación específica para este supuesto como sí existe para los casos en los que el vendedor no entrega la cosa vendida (art. 66 bis TRLGDCU).

La inclusión de este supuesto en el ámbito de aplicación del artículo 117.2 TRLGDCU determina una importante consecuencia. En virtud de la interpretación aquí mantenida de que las pretensiones de terceros también dan lugar a la responsabilidad del vendedor podemos concluir que, aunque el vendedor hubiese transmitido la propiedad al consumidor en virtud del artículo 464 CC (siguiendo la tesis germanista)³⁵, es decir, se hubiese producido una adquisición *a non domino*³⁶, responderá ante la pretensión del tercero (antiguo propietario) que se dirija contra el comprador para intentar recuperar la cosa³⁷. En efecto, como ya vimos, el vendedor está obligado también a garantizar una posesión pacífica, pero sin necesidad de evicción ni de reclamación judicial³⁸.

³⁴ De esta forma, como pone de manifiesto MIQUEL GONZÁLEZ, 1998, cit., p. 256, refiriéndose a la CISG, aunque perfectamente aplicable al supuesto que nos ocupa, el artículo 41 en parte es un desarrollo del artículo 30 en cuanto este establece la obligación de transmitir la propiedad. La obligación de entregar las mercaderías libres de derechos de terceros engloba, de forma natural, la obligación de transmitir la propiedad. Se trata de una acumulación expresa de ambas pretensiones. Del mismo modo, en la interpretación del artículo 102 CESL, ZOLL, 2012, p. 481.

³⁵ Como es sabido, el artículo 464.1 CC es objeto de dos interpretaciones contradictorias. En primer lugar, la tesis romanista defiende que en el mismo se consagra una presunción de título válido para la usucapición ordinaria, de forma que el adquirente del bien mueble tiene que esperar los tres años de la usucapición breve para adquirir el dominio. No obstante, la tesis germanista defiende que consagra una adquisición *a non domino*, de forma que el *accipiens* adquiere la propiedad de una cosa mueble siempre que exista un negocio jurídico válido y sea de buena fe, aunque el *trandens* no sea propietario y fuera de los casos de pérdida de la cosa o privación ilegal. A favor de esta última interpretación se muestran, entre otros, LACRUZ BERDEJO, 2008, pp. 206 a 2011.

³⁶ Teniendo en cuenta que el comprador será en todo caso a título oneroso y, en la mayoría de los supuestos, de buena fe, se cumplirán los requisitos que impone el artículo 464 CC. Sobre esta cuestión afirma DEL POZO CARRASCOSA, 2024, p. 242 que el comprador se convierte en propietario, aunque el vendedor no lo fuera, en virtud del artículo 522-8 Código Civil Catalán, afirmación perfectamente extrapolable al 464 del Código Civil en su interpretación germanista.

³⁷ En este sentido, no estamos de acuerdo con DEL POZO CARRASCOSA, 2024, p. 243 cuando afirma que la adquisición *a non domino* convierte la cosa vendida en conforme con el contrato. Es cierto que no existirá, en este supuesto, el incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad, pero sí una falta de conformidad jurídica de acuerdo con la interpretación que aquí defendemos del artículo 117.2 TRLGDCU según la cual la cosa ha de entregarse libre de cualesquiera derechos o pretensiones fundadas de terceros.

³⁸ Teniendo en cuenta que aquí defendemos una interpretación del artículo 117 TRLGDCU muy acorde con lo exigido por el artículo 41 CISG, valen también aquí las palabras de MIQUEL GONZÁLEZ, 1998, cit., p. 364 que, al comentar el citado artículo 41 establece lo siguiente: «La adquisición *a non domino* del comprador de buena fe excluye la responsabilidad del vendedor conforme al artículo 41 por la existencia de derechos de terceros pero no la elimina por la existencia de pretensiones del antiguo propietario exige la restitución de la cosa. La pretensión del antiguo propietario será ya una pretensión infundada, pero el comprador no tiene por qué estar sometido al riesgo de un pleito contra el antiguo propietario».

Por último, no podemos perder de vista que la obligación de transmitir la propiedad se trata de una obligación esencial en las compraventas de consumo lo que quiere decir que no es disponible por la voluntad de las partes. Por ello, el vendedor no puede sustituirse de dicha obligación, por ejemplo, incluyendo una cláusula en la que se exima de responsabilidad frente al comprador en estos casos, aunque dicha cláusula haya sido expresamente aceptada por el mismo. Este supuesto de disconformidad jurídica será siempre un incumplimiento contractual, de forma que, en este caso, no será necesario acudir a los artículos 115 bis y 115 ter TRLGDCU.

Cuestión distinta, aunque relacionada con la que aquí tratamos, es la validez de la venta de cosa ajena. En nuestro ordenamiento, tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran de acuerdo en que la venta de cosa ajena es perfectamente válida por el efecto obligacional que tiene este contrato en nuestro Derecho³⁹, de forma que el vendedor se obliga a entregar la cosa y, en nuestro caso, a transmitir la propiedad en el momento de la entrega⁴⁰. Dicha doctrina es perfectamente aplicable a las compraventas de consumo cuyos efectos son, también, puramente obligacionales. Por tanto, en la venta de cosa ajena es perfectamente válida. Es frecuente, en estos casos, distinguir dos supuestos distintos.

En primer lugar, que antes de la entrega de la cosa por el vendedor, este la haya adquirido del dueño. En este caso, transmitirá la propiedad al consumidor y, por tanto, no existirá un supuesto de falta de conformidad.

En segundo lugar, que en el momento de la entrega no sea propietario del bien y, por tanto, no haya transmitido la propiedad o, aún habiéndola transmitido en virtud del artículo 464 CC, lo ha hecho con el peligro de que sea reclamado por su anterior propietario. En el primer caso, habrá un incumplimiento contractual materializado en una falta de conformidad jurídica, de tal forma que el consumidor podrá ejercitar sus remedios contractuales, aunque el tercero no reclame la cosa. Asimismo, si el vendedor engaña al comprador haciéndole creer que la cosa es suya, podría apreciarse también la existencia dolo (art. 1269 CC), por lo que el comprador podría instar la acción de nulidad, compatible con los remedios previstos en el TRLGDCU. En el caso de que se transmita la propiedad en virtud del artículo 464 CC, siempre podrá estar sujeto a una pretensión del anterior dueño por lo que, si esta se produce, el vendedor también deberá responder como hemos defendido anteriormente.

³⁹ CLEMENTE MEORO, 2014, p. 78.

⁴⁰ En efecto, como ha establecido RAGEL SÁNCHEZ, 2012, la propiedad del *tradens* es un requisito de la eficacia real de la tradición, pero no es un requisito de la validez del título.

2.1.4 Remedios en caso de falta de conformidad jurídica del bien material ¿TRLGDCU o Código Civil?

Como hemos visto, el artículo 117.2 TRLGDCU condiciona la aplicación de los remedios del TRLGDCU a que no exista una ley que establezca, para este supuesto, la rescisión o nulidad del contrato. En concreto, en nuestro ordenamiento, la falta de conformidad jurídica del bien mueble puede identificarse con el supuesto de saneamiento por cargas o gravámenes ocultos y con el supuesto de evicción, regulados en los artículos 1474 y siguientes del Código civil. En atención a ello, la pregunta sobre cuáles son los remedios del consumidor en este caso se resuelve clarificando si el Código prevé la rescisión como medida protectora para este supuesto. Si la respuesta es afirmativa, en teoría, habría de aplicarse el régimen contenido en el Código. Si no, será de aplicación la normativa del TRLGDCU.

Como sabemos, el Código civil se refiere a la rescisión como sanción jurídica en los casos de evicción parcial (art. 1479 CC) y por cargas o servidumbres ocultas (art. 1483 CC). No obstante, es más que conocido que el Código no emplea estos términos en un sentido técnico jurídico propio como algo distinto de la resolución⁴¹. Por ello, podemos afirmar que en nuestro ordenamiento no se prevé la rescisión o nulidad del contrato para el supuesto de falta de conformidad jurídica en la compraventa de bienes.

Igualmente, hemos de tener en cuenta que el artículo 117.2 TRLGDCU ha de ponerse necesariamente en relación con el artículo 116 TRLGDCU. Dicho precepto declara la incompatibilidad de las acciones derivadas del saneamiento previstas en el Código civil (entre las que se incluyen las normas de saneamiento por evicción y por cargas y gravámenes ocultos) con los remedios derivados de la falta de conformidad del bien⁴².

⁴¹ CASTILLA BAREA, 2021, p. 120.

⁴² En concreto, el precepto se titula «Incompatibilidad de acciones» y determina en su apartado primero lo siguiente: «El ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento previstas en el Código Civil». Resulta evidente que el precepto prohíbe que el consumidor acuda indistintamente a un régimen u otro para ejercer sus derechos ante una falta de conformidad del bien adquirido. No obstante, no resulta tan claro si puede elegir el régimen codificado de los artículos 1484 y siguientes frente al previsto en el TRLGDCU, pues se declara expresamente la *incompatibilidad*, pero no la preferencia del segundo. Sobre esta cuestión, nos mostramos de acuerdo con ARROYO I AMAYUELAS, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2022, p.10, que defiende la aplicabilidad exclusiva del TRLGDCU a las compraventas de consumo teniendo en cuenta, por un lado, de que se trata de una Ley especial y, por otro, que este régimen incorpora una Directiva de máximos cuya finalidad es la armonización de esta materia en toda la Unión Europea lo que difícilmente se lograría si el consumidor español puede acudir a un régimen diferente. De la misma opinión, aunque refiriéndose al anterior artículo 117.1 TRLGDCU (*El ejercicio*

Al respecto, caben dos interpretaciones. En primer lugar, entender que el artículo 117.2 TRLGDCU introduce una excepción a la declaración contenida en el 116, de forma que para la falta de conformidad jurídica ha de aplicarse el régimen codificado, siempre y cuando este prevea la rescisión, lo que, como hemos visto, es altamente discutible. En segundo lugar, puede interpretarse que el legislador se refiere a otros supuestos contemplados en leyes especiales (que protegen la propiedad intelectual, por ejemplo) y que, en todo caso, descarta la aplicación del régimen del saneamiento por evicción en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 TRLGDCU.

Esta última es la interpretación que aquí defendemos. En efecto, como se ha puesto de manifiesto, a diferencia de lo establecido en el antiguo artículo 117.1 TRLGDCU⁴³, ya no solo son incompatibles las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 a 1499 CC) con los remedios del Título IV del libro II del TRLGDCU, sino que además estos son incompatibles con las acciones derivadas del saneamiento por evicción (arts. 1475 a 1483 CC), ya que el nuevo artículo 116 TRLGDCU hace referencia a las acciones del saneamiento previstas en el Código civil, sin determinar qué tipo de saneamiento (art. 1474 CC)⁴⁴.

En definitiva, en el caso de falta de conformidad jurídica del bien mueble, el consumidor podrá ejercitar los derechos reconocidos en el TRLGDCU, habiéndose desplazado la regulación codificada para las compraventas de consumo tanto para regular el supuesto de hecho como para determinar los remedios a disposición del consumidor. Estos derechos son la puesta en conformidad del bien (art. 118 TRLGDCU), la reducción del precio o la resolución del contrato (arts. 119 a 119 quater TRLGDCU), según los casos.

2.2 FALTA DE CONFORMIDAD JURÍDICA EN EL SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES

Una vez visto el régimen de la falta de conformidad jurídica que puede afectar al bien vendido, corresponde ahora analizar el

cio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa), DE VERDA Y BEAMONTE, RCDI, 2018, p. 2946.

⁴³ Disponía expresamente lo siguiente: «El ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa.» (resaltado propio). Se hacía referencia, exclusivamente, a la incompatibilidad del TRLGDCU con el régimen del saneamiento por vicios o defectos ocultos, sin nombrar los demás supuestos regulados en el Código Civil.

⁴⁴ MARTÍNEZ GÓMEZ, *Cesco: Publicaciones periódicas*, 2021, pp. 10-11. CASTILLA BAREA, 2021, p. 336.

supuesto cuando se refiere al contenido/servicio digital suministrado. En este caso se manifiesta, fundamentalmente, a través de supuestos en los que el consumidor no puede acceder al contenido o servicio digital por carecer su suministrador de permisos suficientes, no puede obtener todos los usos que cabría esperar del mismo o su uso está sometido a determinadas restricciones. Se trata, por tanto, de faltas de conformidad derivadas de los derechos pertenecientes a terceros distintos del vendedor o suministrador.

La propia DCSD hace referencia a este supuesto en sus considerandos 53 y 54. Conviene traer aquí lo establecido en los mismos pues, como es sabido, los considerandos resultan esenciales en orden a interpretar correctamente los preceptos de la norma europea⁴⁵.

En primer lugar, el considerando 53 DCSD dispone: «Las restricciones del uso por el consumidor de los contenidos o servicios digitales de conformidad con la presente Directiva podrían derivarse de las limitaciones impuestas por el titular de los derechos de propiedad intelectual de conformidad con el Derecho en materia de propiedad intelectual. Dichas restricciones pueden derivarse del acuerdo de licencia del usuario final en virtud del cual se suministren al consumidor los contenidos o servicios digitales. Este puede ser, por ejemplo, el caso del acuerdo de licencia de un usuario final que prohíba al consumidor utilizar determinadas características relacionadas con la funcionalidad de los contenidos o servicios digitales. Tal restricción podría hacer que los contenidos o servicios digitales incumplan los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva, si se refiere a características que suelen encontrarse en contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar. En tales casos, el consumidor debe poder exigir las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en la presente Directiva, frente al empresario que suministró los contenidos digitales...».

En concreto, este considerando se refiere al suministro de contenidos digitales a través del conocido como EULA (por sus siglas en inglés, *End User License Agreement*), pacto en el que se establecen las condiciones de uso y las restricciones respecto de un contenido/servicio digital suministrado a un usuario final. En consideración al mismo, el titular de los derechos de propiedad intelectual puede prohibir o restringir ciertos usos que el consumidor, sin embargo, podría legítimamente esperar, de tal forma que dichas

⁴⁵ HIDALGO CEREZO, 2021, p. 247.

restricciones pueden constituir una falta de conformidad *material* del contenido digital⁴⁶.

El considerando 54 determina que: «Por otra parte, los vicios jurídicos constituyen una cuestión de especial importancia para los contenidos o servicios digitales, que están sujetos a derechos de propiedad intelectual. Las restricciones relativas al uso por el consumidor de los contenidos o servicios digitales de conformidad con la presente Directiva podrían derivarse de una vulneración de los derechos de terceros. Esta vulneración de los derechos de terceros podría impedir efectivamente que el consumidor disfrute de los contenidos o servicios digitales o de algunas de sus características, por ejemplo, cuando el consumidor no puede acceder de ningún modo a los contenidos o servicios digitales o cuando el consumidor no puede acceder lícitamente a los contenidos o servicios digitales. Ello puede deberse a que el tercero obligue debidamente al empresario a dejar de vulnerar esos derechos y dejar de ofrecer los contenidos o servicios digitales en cuestión o que el consumidor no pueda utilizar los contenidos o servicios digitales sin incumplir la ley...». Se hace referencia a posibles vulneraciones derivadas de derechos de propiedad intelectual de terceros (por ejemplo, sobre películas, música, vídeos, etc.) que pueden impedir que el consumidor acceda a los contenidos o, al menos, que acceda legalmente a los mismos y disfrute de algunas de sus características. En este

⁴⁶ En este caso, no se produce, estrictamente hablando, una vulneración del derecho de un tercero si no que, precisamente, para impedir la misma se imponen restricciones y límites a los usos de los contenidos/servicios digitales suministrados. Parece que el legislador ha querido calificar estos supuestos o, al menos, reconducirlos, a los supuestos de falta de conformidad material por incumplir un requisito objetivo, es decir, por carecer de una concreta característica que el consumidor podía razonablemente esperar. En esta línea, se prevé en el propio considerando que el empresario pueda eximirse de dicha responsabilidad mediante la información y aceptación expresa por parte del consumidor de la inexistencia de dicha característica, siguiendo lo establecido en el artículo 8.5 DCSD. Esta tesis se refuerza si atendemos al siguiente considerando, que comienza estableciendo: «Por otra parte, los vicios jurídicos constituyen una cuestión de especial importancia para los contenidos o servicios digitales, que están sujetos a derechos de propiedad intelectual...», de forma que parece que distingue entre el supuesto anterior (el descrito en el considerando 53) y el de los vicios jurídicos propiamente dichos (considerando 54). En definitiva, estrictamente hablando, este considerando no describe un supuesto de vulneración de derecho de tercero si no de una restricción que precisamente trata de evitar dicha vulneración. Es esta restricción la que constituye un supuesto de disconformidad material por la que el consumidor podrá exigir responsabilidad al suministrador. *Vid.* ATAZ LÓPEZ, 2023, pp. 70 y 71 opina que el supuesto contemplado en el considerando 53 DCSD no encaja en el artículo 10 DCSD ni en el artículo 9 DCCB y tampoco en el artículo 117.2 TRLGDCU. No obstante, puesto que estos límites y restricciones traen causa de la existencia de derechos de terceros creemos que también son reductibles al supuesto de falta de conformidad jurídica regulado en los preceptos. Al respecto, queremos recordar que aquí defendemos una interpretación amplia en el sentido de que no debe producirse la vulneración, si no solo la existencia del derecho que pueda impedir o limitar el uso del contenido.

caso, el considerando especifica que se trata de un vicio jurídico del que deberá responder el suministrador.

Antes de entrar en el análisis de la falta de conformidad jurídica de los contenidos digitales, conviene realizar algunas aclaraciones.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el suministro del contenido digital puede ser en una vez o tratarse de un suministro continuo durante un periodo de tiempo. Por supuesto, las reglas sobre la conformidad jurídica deben, en este último caso, aplicarse durante todo el tiempo en el que dicho contenido deba suministrarse de acuerdo con el artículo 120.2 TRLGDCU⁴⁷.

En segundo lugar, a pesar de la amplitud con la que se describe el supuesto de hecho del artículo 117.2 TRLGDCU, haciendo referencia a cualquier derecho de tercero, en la mayoría de los casos los contenidos/servicios presentarán problemas relativos a la propiedad intelectual de los mismos y, por ello, es en este tipo de propiedad y en los conflictos que sobre la misma pueden presentarse en relación con su uso por parte del consumidor, sobre la que nos centraremos en este análisis.

Al fin y al cabo, el contenido digital será lo que se denomina una «obra» o «prestación protegida», de acuerdo con el lenguaje empleado por la normativa de protección de la propiedad intelectual⁴⁸, y deberá ser el suministrador, en estos casos, el que garantice al consumidor su uso de acuerdo con los parámetros objetivos y subjetivos de conformidad⁴⁹.

Subyacen aquí dos normativas que hay que coordinar, estas son, la contenida en la DCSD, por un lado, y la regulación protec-

⁴⁷ Dispone lo siguiente: «En el caso de contenidos o servicios digitales o de bienes con elementos digitales, cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período de tiempo determinado, el empresario será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales de acuerdo con el contrato. No obstante, si el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales establece el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un período inferior a tres años, el plazo de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega.». *Vid. ROSENKRANZ, 2020, p. 195.*

⁴⁸ Por supuesto, el concepto de obra no es coincidente, en todos los casos, con el de contenido o servicio digital. La obra es una creación del ingenio que ha de ser original para que merezca la protección del ordenamiento jurídico. El contenido/servicio digital no tiene por qué ser una obra, de forma que no siempre estará protegido por la normativa reguladora de los derechos de autor. Sin embargo, y a ello hacemos referencia en el texto, solo aquellos elementos digitales protegidos como obras plantearán problemas relativos a su conformidad jurídica y, en consecuencia, los que serán objeto de nuestra atención. *Vid. APARICIO VAQUERO, InDret, 2016, p. 7. HIDALGO CEREZO, 2021, p. 320.*

⁴⁹ APARICIO VAQUERO, *Revista de Educación y Derecho*, 2021, pp. 7 y 8.

tora de la propiedad intelectual⁵⁰, por otro⁵¹, que obedecen, además, a una diferente razón: la defensa del consumidor en el caso de la primera y la defensa del autor/titular de los derechos, en la segunda⁵².

Además, los derechos de propiedad intelectual sobre los productos digitales y la propiedad sobre bienes materiales responden a una dinámica diferente⁵³. Así, el contrato de compraventa transmite la propiedad de los bienes, de forma que su adquirente puede usarlos sin restricciones, así como transmitirlos a terceros o constituir sobre los mismos cualesquiera derechos reales o personales. Lo mismo ocurre cuando lo que se transmite es una obra protegida plasmada en un bien material (un libro, un disco) pues, aunque el autor siga siendo titular de los derechos sobre la misma, el comprador adquiere la propiedad plena sobre el objeto en la que esta queda fijada, que puede usar y transmitir sin restricciones.

No obstante, no ocurre igual en la adquisición *online* de los contenidos digitales que se realiza, normalmente, a través de una licencia de uso sin que se transfiera la propiedad del mismo al adquirente. Sobre esta cuestión se ha de tener en cuenta que la nueva tecnología digital y el consumo de obras protegidas en este formato ha determinado que sea especialmente sencillo la realización de copias sobre la misma, así como su transmisión a través de canales

⁵⁰ La normativa a la que hacemos referencia en el texto es la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y el Consejo del 22 de mayo de 2001 sobre la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y derechos relacionados en la sociedad de la información (DDA) y la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DPO), traspuestas a nuestro ordenamiento en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, TRLPI).

⁵¹ Pone de manifiesto APARICIO VAQUERO, *Revista de Educación y Derecho*, 2021, p. 3 que: «Al legislador de consumo le interesa el contenido (digital) en cuanto objeto de comercio en orden a la protección de los intereses del consumidor adquirente (o usuario del servicio). El legislador en sede de propiedad intelectual persigue la protección del titular de los derechos sobre la obra objeto de explotación, interpretando las cesiones de derechos sobre la misma en sentido restrictivo y, por tanto, afectando a la posición de la contraparte, su destinatario, en la terminología tradicional al uso en esta sede; por lo que ahora importa, tal destinatario es el consumidor o usuario del contenido o servicio digital que es, a la vez, obra o prestación objeto de protección». CÁMARA LAPUENTE, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2014, p. 85. También, ARROYO AMAYUELAS, 2022, p. 9. ATAZ LÓPEZ, 2023, p. 63.

⁵² APARICIO VAQUERO, *InDret*, 2016, p. 4. ATAZ LÓPEZ, 2023, p. 64. CÁMARA LAPUENTE, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2014, p. 85.

⁵³ Los bienes materiales también pueden estar sometidos a derechos de propiedad intelectual y, en consecuencia, el adquirente de los mismos no puede copiarlos y comercializarlos. No obstante, sobre ellos se aplica la regla de la primera distribución, de forma que, una vez vendido el primer ejemplar del mismo, se produce el agotamiento de su titular. Por otro lado, la propiedad que recae sobre bienes muebles materiales concede a su titular todas las facultades que se puedan ejercitar sobre el mismo, sin que su uso se vea limitado ni por el propio vendedor, ni por terceros. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2014, p. 86.

de telecomunicaciones⁵⁴. Es por ello que su suministro se ha rodeado de las máximas garantías para evitar la reproducción y/o transmisiones no consentidas por el titular del derecho sobre la obra.

Esto ha determinado que el consumidor digital haya visto muy limitados los usos que puede obtener sobre las mismas de forma que, en muchos casos, estos están bastante más limitados que en el tráfico de bienes materiales⁵⁵. Al fin y al cabo, en el nuevo medio digital resulta bastante más sencillo controlar los usos e imponer restricciones gracias a las medidas tecnológicas⁵⁶. Estas medidas, conocidas como DRMs (*Digital Rights Managementent*) permiten a los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre contenidos digitales controlar su uso, restringiendo o excluyendo determinadas actuaciones de los usuarios⁵⁷, por ejemplo, limitando la realización de copias de los contenidos adquiridos o evitando que sean descargados en dispositivos diferentes⁵⁸.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la transmisión del contenido digital puede realizarse de distintas maneras y, en función de estas, han de concretarse las facultades de uso que adquiere el consumidor⁵⁹. En concreto, como se indicó al inicio del trabajo, el legislador europeo no ha querido tipificar el contrato conforme a las categorías ampliamente conocidas (compraventa, arrendamiento, prestación de servicios) si no que ha preferido usar un concepto no jurídico y neutral (suministro) para definir los contratos incluidos bajo su ámbito de aplicación⁶⁰. La determinación de la naturaleza jurídica del contrato se ha dejado al legislador nacional que ha podido o bien tipificar el contrato en la norma de trasposición o dejar la cuestión para la interpretación que se haga del caso concre-

⁵⁴ ROTT, *Journal of Consumer Policy*, 2008, 441. SERRANO FERNÁNDEZ, 2018, p. 162.

⁵⁵ OPRYSK, SEIN, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 597.

⁵⁶ OPRYSK, SEIN, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 597.

⁵⁷ CÁMARA LAPUENTE, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2014, p. 85.

⁵⁸ Estas medidas tecnológicas se encuentran reguladas en los artículos 196 y 197 TRLPI. Se definen como «toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual» (art. 196. 3). No obstante, el TRLPI impone, asimismo, determinados límites a las mismas con el fin de que los beneficiarios cuenten con los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate (art. 197.1 TRLPI).

⁵⁹ CÁMARA LAPUENTE, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2014, p. 86. SPINDLER, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2021, p. 113.

⁶⁰ APARICIO VAQUERO, *Revista de Educación y Derecho*, 2021, p. 9.

to de acuerdo con la naturaleza de las prestaciones asumidas por las partes⁶¹.

Además de lo indicado, otro problema con el que nos enfrentamos es que no existe, en nuestro Derecho, una regulación sobre los derechos básicos e irrenunciables de los consumidores digitales, las cláusulas abusivas y las restricciones o limitaciones permitidas⁶². Existen algunas menciones concretas en el TRLPI que, sin embargo, no resultan suficientes para proteger eficazmente al adquirente pues muchas de ellas son disponibles por las partes⁶³. Tampoco el acuerdo de licencia de usuario final, que es el medio más usado para transmitir contenidos digitales, se encuentra regulado en nuestro ordenamiento.

En definitiva, los contenidos digitales transmitidos en virtud de un contrato estarán casi siempre, de un modo u otro, sometidos a derechos de terceros y, en consecuencia, el consumidor que los adquiere se verá, inevitablemente, constreñido a cumplir determinados límites y restricciones en su uso y transmisión. Precisamente, la aparición de los bienes digitales ha intensificado los problemas relativos al necesario equilibrio que hay que encontrar entre los intereses de los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos y aquellos de los consumidores adquirentes⁶⁴. La regulación de la falta de conformidad jurídica pone de manifiesto este cruce entre el Derecho contractual y el Derecho de autor, consolidando, por primera vez en este ámbito, un enfoque de

⁶¹ Solución esta última aparentemente escogida por nuestro legislador que se decantado por no calificar al contrato de suministro de contenidos digitales, limitándose a definir su objeto del mismo modo que la Directiva: datos producidos y suministrados en formato digital (art. 59, bis d) TRLGDCU).

⁶² Como pone de manifiesto, ROTT, *Contract Law, Journal of Consumer Policy*, 2008, p. 451, esta incertidumbre en cuanto a los derechos y facultades que los consumidores pueden tener sobre los contenidos digitales favorece en gran medida a la industria y los intereses empresariales que seguirán imponiendo restricciones sin asumir un gran riesgo a enfrentarse a demandas por parte de los usuarios finales, inseguros en cuanto a sus posibilidades de éxito.

⁶³ Así, por ejemplo, en la adquisición de programas de ordenador, se garantiza a los legítimos usuarios unos determinados usos, de forma que el propietario no podrá, por ejemplo, impedir la reproducción o transformación de un programa de ordenador incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo. Tampoco podrá impedir la realización de una copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa. Asimismo, el usuario legítimo de la copia de un programa estará facultado para observar, estudiar o verificar su funcionamiento, sin autorización previa del titular, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa que tiene derecho a hacer (art. 100, apartados primero a cuarto TRLPI).

⁶⁴ APARICIO VAQUERO, *Revista de Educación y Derecho*, 2021, p. 4. ROSENKRANZ, 2020, p.185.

protección del consumidor frente al suministrador del contenido digital⁶⁵.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la regulación de la falta de conformidad jurídica del contenido digital se refiere, exclusivamente, a la relación entre el suministrador y el adquirente consumidor. Por ello, no afecta a la legislación sobre propiedad intelectual u otras específicas que protejan derechos de propiedad especiales. Lo que se trata es de garantizar que el consumidor pueda usar el contenido digital conforme a lo pactado y a lo que razonablemente pudiera esperar⁶⁶. Por su parte, la DCSD hace mención expresa a esta cuestión en el considerando 20, al poner de manifiesto que: «La presente Directiva debe entenderse, asimismo, sin perjuicio del derecho de distribución aplicable a dichos bienes conforme al Derecho de propiedad intelectual»⁶⁷. De esta forma, se aparta de los conflictos que pudieran surgir con ocasión de derechos sobre la propiedad intelectual de los mismos, regulando exclusivamente los problemas contractuales entre el suministrador y el consumidor del contenido por la existencia de tales derechos.

2.2.1 Restricciones y limitaciones en el uso del contenido digital derivadas de derechos de propiedad intelectual

Cuando se adquiere un contenido o servicio digital ya sea en un soporte material, mediante descarga o acceso *online*, el adquirente celebrará un contrato con un empresario que, en la mayoría de los casos, será una persona distinta del titular de los derechos de propiedad intelectual del contenido⁶⁸.

Lo habitual será, por tanto, que existan dos *acuerdos* diferentes. Por un lado, el contrato celebrado entre el suministrador y el consumidor sobre el contenido o servicio digital, del cual es «tercero» el propietario del mismo. Por otro lado, el acuerdo entre el titular del contenido digital (o el titular de un derecho de explotación) y el usuario consumidor, conocido como EULA o licencia de uso, en el que se concretan, habitualmente, los usos permitidos y las restric-

⁶⁵ ATAZ LÓPEZ, 2023, pp. 64 y 65.

⁶⁶ ROSENKRANZ, 2020, p. 185.

⁶⁷ Del mismo modo, el artículo 3, apartado 9 establece que: «La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión y nacional en materia de derechos de autor y derechos afines, incluida la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo».

⁶⁸ De hecho, este es el supuesto del artículo 117.2 TRLGDCU cuando se refiere al suministro de contenidos y/o servicios digitales: que el suministrador sea una persona diferente de aquel que es titular de la propiedad intelectual o de los derechos de explotación del contenido, de tal forma que dicho tercero restrinja los usos prometidos por el suministrador o esperados por el consumidor.

ciones impuestas. Una vez aceptados, el adquirente pasa a ser un usuario legítimo, pudiendo usar el contenido de acuerdo con lo establecido. En cualquier caso, como se ha puesto de manifiesto, aunque existan dos acuerdos, debe entenderse que el consumidor celebra un solo contrato con el suministrador del contenido digital y que en el mismo se insertan las condiciones impuestas por el titular de los derechos de explotación⁶⁹.

Es en dicho contrato donde se concretarán los usos permitidos y prohibidos, la duración del acceso y las restricciones que se imponen al consumidor. De hecho, lo habitual será que el cumplimiento de dichas restricciones se garantice mediante medidas tecnológicas que impidan o imposibilicen técnicamente cualquier acto prohibido⁷⁰.

Esta restricciones o limitaciones pueden variar notablemente dependiendo del contenido digital suministrado o de las formas de suministro utilizadas. En efecto, la descarga del contenido digital en un dispositivo del consumidor cuenta con ciertas restricciones (número de copias de seguridad o copia privada y/o transmisión del contenido a título oneroso o gratuito), en algunos casos distintas de aquellas formas de suministro mediante acceso *online* al contenido, como el suministro *in streaming* o mediante una cuenta de usuario (retirada del contenido por parte del suministrador, posibilidad de descarga, número de dispositivos a través de los que se puede acceder)⁷¹.

Las restricciones impuestas por el licenciatario pueden disminuir la capacidad, la funcionalidad o las características que se habían pactado o que el consumidor podía razonablemente esperar. Así, por ejemplo, si en virtud del acuerdo el consumidor no puede utilizar o copiar los datos generados o traspasarlos a otros dispositivos, problemas de compatibilidad con otros programas o *softwares*, restricciones de acceso, etc.

También los casos en los que el bien material no admite *softwares* distintos de los específicamente instalados, cuando ello no se estableció en el contrato ni cabía razonablemente esperar por el consumidor que dichas restricciones existiesen⁷². Asimismo, se

⁶⁹ ATAZ LÓPEZ, 2023, p. 81.

⁷⁰ Vid. ROTT, *Contract Law, Journal of Consumer Policy*, 2008, p. 446.

⁷¹ Los casos en los que se trata de un servicio digital propiamente dicho (*software as a service*, redes sociales o almacenamiento en la nube) plantean menos problemas relacionados con la existencia de derechos de terceros, aunque sí otros relativos a la propiedad intelectual de los contenidos generados o creados por el usuario de dichos servicios. No obstante, esta cuestión excede del presente estudio. Por otro lado, la recuperación de estos contenidos por parte del consumidor se encuentra regulada en el artículo 119 ter, apartado 5 TRLGDCU, en sede de resolución por incumplimiento.

⁷² Así, por ejemplo, en la STJUE de 23 de enero de 2014 (asunto C-355/12: Nintento vs. Pc Box) se resolvió un supuesto sobre propiedad intelectual del *software* y *hardware*

debe proteger el derecho a usar el contenido durante un tiempo adecuado⁷³ de acuerdo con el nuevo criterio de conformidad referido a la durabilidad [art. 115.1 letra d) TRLGDCU]. En esta línea, un cambio tecnológico de la empresa suministradora puede suponer que los consumidores se vean impedidos a usar sus bienes por derechos de propiedad intelectual, de forma que se vuelvan inútiles para los fines para los que los adquirió el consumidor⁷⁴. También puede ocurrir que la restricción provenga de haber adquirido un *software* o copia legítima en otro país, creyéndolo compatible con el bien material en el que ha de ser usado o instalado. Estas limitaciones derivadas del país de adquisición pueden hacer también que el producto no sea conforme por problemas de funcionalidad, compatibilidad o interoperabilidad⁷⁵ no esperados por el consumidor.

Asimismo, pueden imponerse límites a las facultades que el consumidor puede ejercitar sobre los contenidos digitales, tales como la realización de una copia de seguridad o su transmisión a terceros. En este apartado nos centraremos, precisamente, en el análisis de los límites o restricciones a las facultades de uso y transmisión del contenido digital por parte del consumidor por ser esta una de las cuestiones sobre las que existe una mayor desigualdad entre el consumo tradicional y el consumo digital de obras protegidas. Al fin y al cabo, el nuevo criterio consagrado en el artículo 117.2 TRLGCU sobre la falta de conformidad jurídica puede ser un instrumento eficaz para igualar esta situación, impidiéndose que se impongan restricciones a las facultades de uso y disfrute del contenido.

Como se ha indicado, todos estos límites o restricciones han de constituir una falta de conformidad de acuerdo con los requisitos subjetivos y objetivos regulados en los artículos 115 bis y 115 ter TRLGDCU.

Respecto a los requisitos subjetivos, habrá que estar a lo expresamente contemplado en el contrato y en el acuerdo de licencia en su caso. El contrato se integrará con la información precontractual

perteneciente a la empresa Nintendo. Al margen de la cuestión de fondo que se planteó en dicho conflicto, nos interesa destacar aquí que el origen del mismo se encontraba en que la demandante (Nintendo América y Nintendo Europa) autora del *software* y *hardware* de videojuegos incluyó medidas tecnológicas en los mismos para evitar el uso de copias no autorizadas (mediante mecanismos anti copias, algoritmos, códigos de protección, sistemas de verificación, etc.), medidas que eran evitadas por la demandada mediante la comercialización de un hardware que permitía el uso de aplicaciones distintas de las comercializadas por Nintendo. Desde el punto de vista del consumidor, tales restricciones técnicas afectaban a la funcionalidad del bien adquirido y, en esta línea, podrían considerarse una falta de conformidad de la que tendría que responder el vendedor, en su caso. Sobre este caso *vid.* HIDALGO CEREZO, cit., pp. 423 a 431.

⁷³ ROTT, *Contract Law, Journal of Consumer Policy*, 2008, p. 446.

⁷⁴ HIDALGO CEREZO, 2021, pp. 335-343.

⁷⁵ HIDALGO CEREZO, 2021, p. 435.

suministrada⁷⁶ y, por supuesto, por las condiciones generales incorporadas (incluidas las del acuerdo EULA). El TRLGDCU regula, como sabemos, el deber de información precontractual en el artículo 60. En concreto, el apartado primero dispone que el empresario deberá facilitar de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las «características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas». No cabe duda de que las condiciones jurídicas del suministro de contenidos digitales, implican los usos y restricciones derivadas de derechos de terceros. Asimismo, se establece expresamente que ha de informarse sobre la funcionalidad de los bienes con elementos digitales y de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional [letra i) art. 60.1 TRLGDCU]⁷⁷ y sobre toda compatibilidad e interoperabilidad conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca⁷⁸, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos [letra j) art. 61.1 TRLGDCU].

En este contexto, es indiferente si la información sobre la funcionalidad, interoperabilidad, actualizaciones, restricciones y limitaciones en el uso del *software*, programa o contenido se encuentran incluidas en el contrato con el suministrador o en la licencia (redactada por el titular del derecho o su distribuidor) que ha debido ser aceptada por el consumidor. Lo fundamental será que la información se proporcione al consumidor antes de la descarga, la instalación o el acceso al contenido digital⁷⁹.

⁷⁶ Nos mostramos de acuerdo con CASTILLA BAREA, 2022, p. 102, cuando afirma que la fuente de los requisitos subjetivos no es, exclusivamente, lo expresamente pactado en el contrato, sino también otras como la información precontractual suministrada por el vendedor o la publicidad, en cuanto estas se integran en el contrato en virtud del mandato contenido en el artículo 61.2 TRLGDCU.

⁷⁷ Según CÁMARA LAPUENTE, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2014, p. 122, lo importante en este caso no es tanto informar sobre los detalles técnicos de las medidas concretas si no explicar su existencia y los usos que restringen o modulan de forma que no se incurra en una falta de conformidad de acuerdo con las expectativas razonables del consumidor.

⁷⁸ Nótese aquí que el deber de información precontractual está condicionado a que el suministrador lo conozca o lo deba conocer. No obstante, como hemos defendido anteriormente, para apreciar la falta de conformidad jurídica del elemento digital será indiferente el conocimiento o desconocimiento que tuviese el vendedor sobre la posible existencia de la misma.

⁷⁹ En cualquier caso, los términos y condiciones en las que se concretan todas estas cuestiones no son siempre fácilmente accesibles para el consumidor pues están descriptas en diferentes partes de un texto en el que se contienen todas las cláusulas aplicables al contrato. Por ello, al consumidor le resultará difícil conocer de antemano las restricciones y las limitaciones en cuanto a los usos, la compatibilidad, funcionalidad e interoperabilidad del contenido adquirido. *Vid.* OPRYSK, SEIN, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 600.

Por su parte, en cuanto a los requisitos objetivos nos encontramos ante un parámetro difícil de concretar. El artículo 115 ter TRLGDCU hace referencia, fundamentalmente, a tres criterios para su determinación. En primer lugar, a la normativa vigente o, en su defecto, las normas técnicas y/o códigos de conducta a los que el suministrador esté adherido. En segundo lugar, a las características que normalmente presentan los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo. Por último, la referencia a lo que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario.

Respecto a la legislación aplicable, debemos tener en cuenta que, como ya se ha indicado, no existe en nuestro ordenamiento una norma que determine los derechos de los adquirentes de contenidos protegidos por derechos de autor⁸⁰, por lo que es difícil saber cuáles son estos.

El otro parámetro expresamente contemplado es el de su habitualidad en el tráfico, esto es, la obligación de que los contenidos presenten, en todo caso, las características que normalmente presentan los contenidos y servicios en el mercado [art. 115 ter, letra d) TRLGDCU]. Este criterio puede servir para garantizar la funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad básica de los contenidos o servicios. No obstante, el problema es que los usos permitidos y/o prohibidos, así como las restricciones a los mismos vienen impuestos por la propia industria, en muchos casos sin el debido respaldo normativo⁸¹, de forma que serán habituales en el tráfico, pero no por ello cumplirán el mínimo estándar exigido. En esta línea, entendemos que el carácter habitual de las restricciones o limitaciones a las facultades de uso o disfrute del contenido por parte del consumidor no siempre conformarán un criterio aceptable, teniendo en cuenta que estas vienen impuestas por una industria movida, fundamentalmente, por intereses empresariales y que no existe una legislación que garantice unos usos mínimos. Ello se une a que esta se trata de una industria cambiante y el consumidor no siempre sabe qué puede esperar de los contenidos digitales que adquiere y los usos que cabe obtener de los mismos⁸².

⁸⁰ HELBERGER, 2012 (Disponible en https://www.ivir.nl/publicaties/download/Info_2011_13.pdf Fecha de consulta: 24 de mayo de 2024).

⁸¹ ATAZ LÓPEZ, 2023, p. 65.

⁸² SPINDLER, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2021, p. 118. Como manifiesta HELBERGER, 2012, (Disponible en https://www.ivir.nl/publicaties/download/Info_2011_13.pdf Fecha de consulta: 24/05/24), que la inexistencia de una concreción legal de los usos y características de los contenidos digitales aboca a una menor protección del consumidor.

Por ello, el conjunto de facultades que el consumidor puede ejercitar sobre el contenido/servicio digital suministrado ha de esclarecerse de acuerdo con el test de razonabilidad, teniendo también en cuenta el tipo contractual usado para su suministro, de forma que la expectativa del consumidor se determine, también, en función de su experiencia como consumidor analógico⁸³. Este criterio debe ser concretado por criterios normativos⁸⁴, como el de la naturaleza jurídica del negocio, con el fin de lograr una protección más eficaz. Se equipara así el consumo tradicional de obras protegidas con el consumo digital de las mismas, teniendo el consumidor, en ambos casos y en la medida de lo posible, el mismo conjunto de derechos sobre los bienes adquiridos⁸⁵. El propio considerando 46 DCSD determina que el criterio de la razonabilidad ha de concretarse de forma objetiva atendiendo, entre otras cosas, a la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales.

En definitiva, para determinar si hay falta de conformidad jurídica lo relevante será que el uso se vea afectado de tal manera que constituya una falta de conformidad en el sentido de que la restricción o limitación afecte a una facultad que razonablemente podía esperarse por el consumidor⁸⁶ de acuerdo con la naturaleza y finalidad de los contenidos así como del tipo contractual usado para su suministro.

De esta forma, el suministrador de los contenidos digitales no puede ampararse en la existencia de las cláusulas incluidas en los acuerdos redactados por los terceros titulares de la propiedad intelectual para suministrar un contenido no conforme con el contrato⁸⁷. Este es, sin duda, el gran paso dado por la Directiva en orden a proteger al consumidor digital. Con la nueva regulación se exige, expresamente, la observancia de un parámetro objetivo⁸⁸, este es,

⁸³ OPRYSK, SEIN, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 611. CASTILLO PARRILLA, 2018, p. 272.

⁸⁴ ROTT, *Contract Law, Journal of Consumer Policy*, 2008, p. 449. SPINDLER, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2021, p. 118.

⁸⁵ HIDALGO CEREZO, 2021, p. 383. Según este autor, que el *ius utendi* y el *ius disponendi* se encuentren más limitados en el mundo digital que en el físico crea una discriminación intolerable. De esta forma, de no aceptarse una lectura amplia del patrimonio digital, incorporando al mismo los bienes digitales como equivalente a cualquier otra forma de patrimonio, el progreso tecnológico hacia modelos puramente *on line* supondrá una regresión de derechos para los consumidores.

⁸⁶ OPRYSK, SEIN, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 597.

⁸⁷ ATAZ LÓPEZ, 2023, p.82.

⁸⁸ Efectivamente, son los criterios objetivos de conformidad los que constituyen una herramienta verdaderamente útil en orden a controlar las restricciones y los límites impuestos por las licencias de uso. Vid. SPINDLER, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2021, p. 112.

que los contenidos tengan las características que razonablemente puede esperarse ellos, siendo ahora el empresario el que debe asegurarse de que los términos de las licencias otorgados para la descarga o acceso al contenido incluyan todos los usos razonables y no se impongan restricciones inesperadas⁸⁹. En estas situaciones, es el suministrador el responsable frente al consumidor sin que pueda exigirse que se dirija al licenciatario. Ello, sin duda, ofrece una importante ventaja al mismo pues no cabe duda de que será más fácil acudir directamente al sujeto con el que contrató que al *lejano* titular del derecho de propiedad intelectual del contenido suministrado.

Todo ello determina que la identificación de los supuestos de falta de conformidad jurídica de los contenidos o servicios suministrados necesite de una labor de interpretación del caso concreto que habrá de hacerse de acuerdo con el tipo contractual usado para transmitir el contenido, la información precontractual y con lo que el consumidor puede legítimamente esperar como requisito objetivo de conformidad. Por ello, el estudio de la falta de conformidad jurídica de los contenidos/servicios digitales ha de realizarse distinguiendo entre el suministro *online* de un programa de ordenador o *software* (supuesto sometido a *lex specialis*), por un lado, y el suministro *online* de otros contenidos digitales que constituyen también obras o prestaciones protegidas (películas, videojuegos, música, libros, etc.), por otro. Asimismo, dentro de este último supuesto, diferenciaremos entre el suministro temporal de dichos contenidos de aquel indefinido.

a) ADQUISICIÓN DE PROGRAMAS DE ORDENADOR

El suministro de *software* y programas de ordenador constituye, sin duda, un viejo conocido en la transmisión tanto *offline* como *online* de contenidos digitales. Estas obras constituyeron los primeros contenidos digitales distribuidos en el mercado⁹⁰, en un principio mediante soporte material y, posteriormente, mediante su suministro en línea. En concreto, el régimen jurídico del derecho de propiedad intelectual sobre estos contenidos se encuentra en la DPO y, en nuestro ordenamiento, en los artículos 95 a 104 TRLPI⁹¹.

⁸⁹ OPRYSK, SEIN, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 599. ATAZ LÓPEZ, 2023, p. 79.

⁹⁰ APARICIO VAQUERO, *InDret*, 2016, p. 16.

⁹¹ En concreto, el programa de ordenador se define como «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación» (art. 96.1 TRLPI). Estas obras

La consideración a esta normativa resulta clave para determinar los derechos de los titulares de los mismos y para fijar los límites y restricciones que pueden imponerse en su comercialización.

Antes de entrar en el análisis de estas cuestiones, conviene hacer una aclaración. En este apartado nos referiremos al suministro del denominado *software* propietario, que es el que fundamentalmente se proporciona con importantes restricciones y limitaciones en su uso y transmisión. El denominado *software* libre se caracteriza, sin embargo, porque su cesión se realiza compartiendo los derechos de explotación con sus usuarios, de forma que, usualmente, se permite su uso, modificación y distribución y, por ello, plantearán pocos problemas respecto a su falta de conformidad jurídica⁹².

Normalmente, la transmisión de un programa o *software* propietario a un consumidor se realiza a través de una licencia de uso en la que se concretan las facultades de uso y disfrute del mismo. En estas se fijan los derechos y deberes tanto de los usuarios como de los suministradores y se determinan las restricciones y limitaciones a las que se ven sometidos los adquirentes. En cuanto a esta forma de suministro, debemos distinguir entre la cesión de uso temporal del programa (alquiler⁹³), la cesión del uso por tiempo indefinido a cambio de un precio y el suministro como servicio (el conocido como *software as a service*).

Usualmente, la licencia de uso (cualquiera que sea el tipo contractual usado) faculta esencialmente al consumidor a usar y ejecutar el programa de ordenador de acuerdo con su finalidad y naturaleza. Igualmente, se prevé el derecho a reproducir el mismo sin necesidad de contar con la autorización del titular del derecho de propiedad, de acuerdo con el artículo 100.1 TRLPI, cuando dicho acto de reproducción sea necesario para su utilización por parte del

del intelecto son protegidas como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (art. 1 Directiva 2009/24/CE).

⁹² APARICIO VAQUERO, *Indret*, 2016, p. 8. La propia DCSD deja fuera de su ámbito de aplicación a los contratos de suministro de *software* libre siempre que estos sean gratuitos, lo que ocurre en la mayoría de los casos. El propio considerando 32 DCSD dispone expresamente que: «El programa (*software*) libre y de código abierto, en el que el código fuente se comparte abiertamente y los usuarios pueden acceder libremente al programa (*software*) o a las versiones modificadas de este, utilizarlo, modificarlo y redistribuirlo, puede contribuir a la investigación y la innovación en el mercado de los contenidos y servicios digitales. Con el fin de evitar que se impongan trabas a esta evolución del mercado, la presente Directiva tampoco debe aplicarse al programa (*software*) libre y de código abierto, siempre que este no se suministre a cambio de un precio y que los datos personales del consumidor se utilicen exclusivamente para mejorar la seguridad, la compatibilidad o la interoperabilidad del programa (*software*)».

⁹³ Así se califica en el considerando 12 de la Directiva 2009/24/CE: «A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por «alquiler» la operación de ofrecer la utilización, por un período limitado y con fines de lucro, de un programa de ordenador o una copia del mismo».

usuario legítimo. Asimismo, la realización de una copia de seguridad no podrá impedirse por contrato en cuanto resulte necesaria para dicha utilización (art. 100. 2 TRLPI). Por otro lado, determinadas restricciones en el uso podrán constituir una falta de conformidad, según los casos.

En primer lugar, suele imponerse un uso personal e intransferible del licenciatario, de forma que solo él pueda usar el programa o *software* adquirido. Esta restricción, sin embargo, es difícil de controlar teniendo en cuenta que el programa se encontrará instalado en un dispositivo (*hardware*) del consumidor que podrá prestar o transmitir a cualquiera, sin que el suministrador pueda impedirlo.

En segundo lugar, se impide la copia para uso privado, al margen de la copia de seguridad (siempre permitida de acuerdo con el art. 100 TRLPI) y ello resulta acorde con el artículo 99 TRLPI, que exige autorización expresa en este caso.

Por último, suele impedirse la transmisión a terceros por cualquier causa, ya sea con carácter oneroso o gratuito. No obstante, este límite a la facultad de disposición del usuario no siempre será lícito. Sobre esta cuestión, resulta esencial tener en cuenta la doctrina fijada por el TJUE en su sentencia de 3 de julio de 2012 (TJCE 2012\169, asunto C-128/11, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*) que, precisamente, califica el suministro de programas en línea para determinar la validez o invalidez de su reventa posterior⁹⁴.

En dicha sentencia el tribunal concluyó que de acuerdo con la normativa contenida en la DPO, el suministro *online* de programas de ordenador mediante una licencia que permite a los clientes utilizar dicha copia de manera permanente a cambio de un precio, ha de ser calificado como una venta, de forma que se produce la transferencia del derecho de propiedad de la misma (párrafos 42 a 47). En consecuencia, debe considerarse que la transferencia por el titular de los derechos de autor de una copia de un programa de ordenador a un cliente, acompañada de la celebración entre las mismas partes de un contrato de licencia de uso, constituye una primera venta en el

⁹⁴ Los hechos de la citada sentencia son los siguientes: la empresa *UsedSoft* comercializa licencias de segunda mano de programas de ordenador, concretamente licencias de uso relativas a los programas de ordenador de *Oracle*. En octubre de 2005, *UsedSoft* ofertó «promociones especiales Oracle», en el marco de las cuales ponía en venta licencias «ya utilizadas» relativas a los programas de ordenador de *Oracle*. *Oracle* presentó una demanda en el *Landgericht Manchen I* para que se ordenara a *UsedSoft* poner fin a las prácticas mencionadas. Dicho tribunal estimó las pretensiones de *Oracle*. El recurso de apelación contra esta resolución interpuesto por *UsedSoft* fue desestimado, interponiendo ésta a continuación recurso de casación ante el *Bundesgerichtshof*. El tribunal alemán pide esencialmente que se dilucide si, y en qué circunstancias, la descarga de Internet de una copia de un programa de ordenador, autorizada por el titular de los derechos de autor, puede dar lugar al agotamiento del derecho de distribución en la Unión Europea de dicha copia, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24.

sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 (párrafo 48), de forma que se produce el agotamiento del derecho de distribución (*the exhaustion principle*) que determina que el ejemplar pueda ser posteriormente transmitido por su adquirente⁹⁵.

En concreto, en el párrafo 61 se estableció que «desde un punto de vista económico, la venta de un programa de ordenador en CD-ROM o DVD y la venta de un programa de ordenador mediante descarga de Internet son similares. En efecto, la modalidad de transmisión en línea es el equivalente funcional de la entrega de un soporte material. La interpretación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 a la luz del principio de igualdad de trato confirma que el agotamiento del derecho de distribución previsto en dicha disposición surte efecto tras la primera venta de una copia de un programa de ordenador en la Unión por el titular de los derechos de autor o con su consentimiento, al margen de si se trata de la venta de una copia material o inmaterial del programa». En cualquier caso, la doctrina establecida en esta sentencia no se extiende a otros contenidos digitales suministrados en línea que constituyan obras protegidas, pues se realiza en base a la DPO que constituye *lex specialis* respecto a la general contenida en la DDA en la que, en principio, el suministro *online* es calificado como un acto de comunicación pública (considerando 29) sobre el que no opera el agotamiento por expresa declaración del legislador contenida artículo 3.3 DDA⁹⁶.

En definitiva, no cabe limitar la facultad de transmisión del adquirente del programa o *software* cuando se adquiere con carácter indefinido, pues se trata de un auténtico propietario. No puede decirse lo mismo, sin embargo, si la licencia de uso se transmite con carácter temporal o por medio de un servicio en línea, pues aquí no estamos ante un supuesto de compraventa sino de alquiler o prestación de servicios. Durante la duración del mismo, habrá de garantizarse la funcionalidad, interoperabilidad y compatibilidad establecida en el contrato y los usos que el consumidor puede razonablemente esperar. La propia tipificación contractual deter-

⁹⁵ Este agotamiento se configura como un límite del derecho de distribución de la obra por su autor, de forma que mediante el mismo pierde el control sobre las posteriores transmisiones que se realicen sobre el ejemplar, una vez introducido por primera vez en el mercado. No obstante, ha de ser también observado desde el punto de vista del adquirente de la obra de forma que se garantiza, mediante el mismo, que este puede disponer libremente de un bien que ha adquirido en el mercado, garantizando así una facultad esencial (*ius transmissionis*) de su propietario.

⁹⁶ Muy crítico con ésta sentencia, APARICIO VAQUERO, *InDret*, 2016, pp. 19-22 que, aún estando de acuerdo en que el suministro de ejemplares físicos y la descarga de copias inmateriales son sustancialmente lo mismo, la interpretación del TJUE hubiese exigido una declaración normativa expresa pues, según el autor, tal y como están redactadas las normas no cabe realizar dicha interpretación.

minará la previsibilidad y razonabilidad de las restricciones de uso en los mismos.

b) ADQUISICIÓN DE CONTENIDOS DIGITALES (DISTINTOS DE SOFTWARE) CON CARÁCTER INDEFINIDO MEDIANTE DESCARGA O ACCESO ONLINE

La transmisión de un contenido digital distinto de un *software* (película, libro, videojuego, archivo musical) puede realizarse mediante un soporte material (DVD o CD) o mediante su descarga en un dispositivo del adquirente (ordenador, *tablet*, *smartphone*). En estos casos, es habitual que se conceda al consumidor un uso indefinido mediante el denominado acuerdo de licencia final⁹⁷. Este contenido digital debe reunir, por supuesto, los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad, de forma que pueda ser usado de acuerdo con su finalidad y posea las características descritas en el contrato y aquellas que razonablemente puedan esperarse.

Respecto a las facultades o usos que se pueden ejercitar sobre los mismos, y las limitaciones que se impongan, hemos de atender, igualmente, a lo expresamente pactado y a lo que razonablemente puede esperar el consumidor y que podemos concretar de acuerdo con dos criterios, estos son, el tipo contractual usado para su suministro, por un lado, y la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, por otro.

En cuanto a la calificación del contrato, entendemos que si el contenido digital se suministra en un soporte material o mediante descarga en el dispositivo del consumidor, de forma que se transfiere indefinidamente su uso, podemos hablar de un contrato que, en cuanto a su función económico social, podría ser asimilado al de la compraventa⁹⁸. El adquirente del contenido digital habrá pagado un precio por el mismo (normalmente bastante similar al precio del

⁹⁷ Así, por ejemplo, en las condiciones generales de Kindle, Amazon, se dispone expresamente lo siguiente: «Amazon otorga a tu favor, con ocasión de la compra o acceso del Contenido Kindle y el pago de cualesquiera importes que procedan (incluyendo el de cualesquiera impuestos que gravaran dichos importes), el derecho no exclusivo a visionar, utilizar y exhibir en pantalla dicho Contenido Kindle, únicamente a través de Software Kindle o en cualquier otra forma autorizada como parte del Servicio en los Dispositivos Compatibles que se indicaran en la sección Gestión de Contenidos y Dispositivos dentro de Mi Cuenta (que puede cambiar ocasionalmente), y únicamente, para uso personal y no comercial del propio usuario. Utilizarás el Contenido Kindle en virtud de licencia otorgada por Amazon, sin que en ningún momento se produzca la transmisión de título alguno de propiedad de dicho contenido a tu favor» (resaltado propio). (Disponible en <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950>. Fecha de consulta: 14 de mayo de 2024).

⁹⁸ CASTILLO PARRILLA, 2018, p. 273.

bien en su formato material) a cambio de un uso permanente, lo que determina que el consumidor espere legítimamente que se le entregue la propiedad del bien⁹⁹. Tampoco el uso de las denominadas licencias de uso como medio de transmisión del contenido debe suponer un obstáculo a esta calificación, teniendo en cuenta que es la función económico social la que define al contrato y lo califica y no el nombre usado por las partes¹⁰⁰.

Teniendo en cuenta esta calificación, podemos analizar las restricciones que más comúnmente se imponen y, si estas, pueden constituir una falta de conformidad jurídica.

Debemos hacer mención, en primer lugar, a la facultad de hacer copias de seguridad de los mismos (las conocidas como *backups copies*). Estas copias sirven, fundamentalmente, para evitar que cualquier daño en el soporte material del contenido (CD o DVD) o la pérdida del descargado determine que el consumidor no pueda seguir disfrutándolo.

En el mercado tradicional, como sabemos, no existen restricciones en cuanto a la realización de copias ya que resulta casi imposible que se establezca un control sobre las mismas por parte de los titulares de los derechos de propiedad intelectual¹⁰¹. No obstante, es cierto que estas copias se hayan muy restringidas para los contenidos digitales, bien mediante las condiciones de uso del contenido bien mediante la implementación de medidas técnicas que lo impiden de hecho. La copia privada determina una forma de reproducción del contenido digital. No obstante, constituye una

⁹⁹ Al respecto, señala APARICIO VAQUERO, *InDret*, 2016, p. 14, lo siguiente: «también puede quedar en poder del destinatario o usuario una copia permanente que éste pueda disfrutar o «utilizar» de forma repetida y/o indefinida en el tiempo, y que constituya, precisamente, la contrapartida por el precio entregado al proveedor (autor o titular de los derechos de explotación). ¿Por qué no cabe hablar en dichos casos de compraventa? Pudiera ser que no, ciertamente, si se permite un uso puramente temporal, pero si resultara ser indefinido podría no haber inconveniente: la calificación como venta no deriva (no debiera hacerlo, en puridad) de la materialidad, corporeidad o existencia física de su objeto, pues ¿acaso no es posible la venta de bienes inmateriales y derechos?». Ya en 2010, *The European Consumer Organisation* (BEUC) propuso que el suministro del contenido digital se calificara de compraventa salvo el supuesto de acceso por *streaming*. Se estableció expresamente lo siguiente: «Furthermore, the purchase of digital products presents the same characteristics as a sales contract. It constitutes a one-off transaction, whereby the trader delivers the digital product to the consumer who shall have the right to use it without any time limit on a permanent basis. Only the mode of transmission, as a technical aspect, is different. Such contracts, which constitute the majority of online purchases of digital content transfer the ownership to the consumer, allowing him to use it in a similar way as he acquires the property of a book, a CD or DVD». *Vid. Digital products. How to include them in the proposal for a consumer rights directive?* p. 5 (Disponible en <https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/2010-00506-01-e.pdf>. Fecha de consulta: 19 de marzo de 2024).

¹⁰⁰ APARICIO VAQUERO, *InDret*, 2016, pp. 24 y 25.

¹⁰¹ OPRYSK, SEIN, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 612.

excepción facultativa prevista en la legislación sobre derecho de autor (art. 5.2.b) DDA).

En nuestra opinión, lo importante aquí es garantizar que el consumidor digital disponga de los medios adecuados para recuperar el contenido si este es dañado¹⁰². Igualmente, cuando el acceso al contenido se realiza mediante su vínculo a una cuenta de usuario de la empresa suministradora y este desea salir o es desactivada, el suministrador debe facilitar la realización de una copia que garanticé el uso del contenido adquirido de forma indefinida, si es así como se adquirió¹⁰³.

Por otro lado, el adquirente del contenido digital también tendrá derecho a hacer copias privadas del mismo siempre que estas se mantengan en el ámbito familiar o privado del adquirente y haya accedido legalmente a la obra (art. 31.2 TRLPI)¹⁰⁴. Cuestión distinta es el número de copias que se permiten que debe ser, como mínimo, una. En cualquier caso, el número de copias permitidas se trata de una facultad que afecta a la funcionalidad del bien y, en consecuencia, debe ser objeto de información precontractual precisa.

Igualmente, debemos hacer mención a la facultad de transmisión del contenido a terceros, bien con carácter oneroso (reventa o alquiler), bien con carácter gratuito (comodato o donación). Como sabemos, los bienes materiales en los que se contienen obras o prestaciones protegidas pueden ser transmitidos por sus propietarios sin restricciones provenientes del tercero titular del derecho de autor. Es cierto que el agotamiento se produce siempre que la obra esté plasmada en un bien material¹⁰⁵ de forma que si el contenido

¹⁰² ROTT, *Journal of Consumer Policy*, 2008, p. 448.

¹⁰³ La facultad para obtener una copia de seguridad del contenido adquirido podría haberse incluido en la normativa como un requisito específico para determinados contenidos digitales. Así lo sugirió el Instituto Europeo de Derecho (*European Law Institute*) en su *Statement of the European law institute on the European Commission's proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers*, p. 24 (https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_elis/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf). Fecha de consulta: 15/05/2024). En opinión de OPRYSK, SEIN, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 613, una prohibición absoluta de realizar copias de seguridad del contenido debe ser considerado, en principio, una falta de conformidad por incumplimiento del requisito objetivo de las expectativas razonables del consumidor.

¹⁰⁴ Dispone expresamente el precepto citado que: «Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada: a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales. b) Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación. c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio».

¹⁰⁵ En efecto, el artículo 19.1 TRLPI define la distribución como «la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma». El apartado segundo del citado precep-

se transmite en un CD o DVD se produce, efectivamente, este agotamiento respecto al mismo.

La cuestión que se plantea aquí es si el consumidor de un bien digital transmitido mediante descarga o acceso *online* de forma indefinida (sin límite temporal), debe contar también con esta facultad de transmisión que, en general, se encuentra bastante restringida en el mercado¹⁰⁶.

Esta cuestión no se encuentra debidamente resuelta en la Directiva 2001/29/CE pues, aunque el considerando 29 lo niega expresamente¹⁰⁷, en una interpretación restrictiva cabe alegar que este se refiere, exclusivamente, a los servicios digitales y no a las descargas de contenidos que constituyan obras protegidas¹⁰⁸. La cuestión planteada trae un problema fundamental derivado de la propia naturaleza del contenido digital pues este puede ser copiado de forma idéntica al original, sin eliminar este último. Ello determina un peligro para los autores que verán cómo se distribuyen en el

to establece que: «Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial». En definitiva, se exige un acto de distribución para que opere el agotamiento y este acto de distribución ha de haberse realizado sobre una obra plasmada en un objeto tangible.

¹⁰⁶ Así, por ejemplo, en las condiciones de uso de Amazon Music se dispone expresamente en la cláusula tercera que: «Salvo por lo dispuesto en la frase anterior, no podrás utilizar los Servicios para redistribuir, transmitir, ceder, vender, retransmitir, alquilar, compartir, prestar, modificar, adaptar, editar, sublicenciar o de cualquier otra forma transferir o utilizar la Música Comprada o el Contenido del Servicio Music» (Disponible en <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=201380010>. Fecha de consulta: 19 de marzo de 2024). Igualmente, en las condiciones generales de Kindle Amazon se dispone expresamente que: «Salvo indicación expresa en otro sentido, no podrás vender, alquilar, distribuir, emitir, otorgar sublicencias, ni de ninguna otra forma ceder ningún derecho sobre el Contenido Kindle ni sobre cualquier parte del mismo en cada caso a favor de ningún tercero» (Disponible en <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950>. Fecha de consulta: 14/05/2024). Por su parte, en las condiciones generales de Spotify se dispone expresamente lo siguiente: «Le otorgamos un permiso limitado, no exclusivo y revocable para hacer un uso personal y no comercial del Servicio de Spotify y del Contenido. Este Acceso permanecerá en vigor hasta que usted o Spotify lo rescindan. Acepta y se compromete a no redistribuir ni transferir el Servicio de Spotify ni el Contenido. Las aplicaciones de software de Spotify y el Contenido se conceden bajo licencia, no son objeto de venta ni de transferencia, y Spotify y sus licenciantes conservan la propiedad de todas las copias de las aplicaciones de software de Spotify y del Contenido, incluso después de su instalación en sus Dispositivos» (Resaltado propio. Disponible en <https://www.spotify.com/es/legal/end-user-agreement/>. Fecha de consulta: 15/05/2024).

¹⁰⁷ Dispone lo siguiente: «El problema del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios, y en particular de los servicios en línea. Ello se aplica también a las copias materiales de una obra o prestación efectuadas por un usuario de dicho servicio con el consentimiento del titular del derecho. Por consiguiente, cabe aplicar lo mismo al alquiler y préstamo del original y de copias de las obras o prestaciones que por su naturaleza constituyan servicios. A diferencia del CD-ROM o CD-I, en los que la propiedad intelectual está incorporada a un soporte material, esto es, una mercancía, cada servicio en línea es, de hecho, un acto que debe quedar sujeto a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor».

¹⁰⁸ SPINDLER, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2021, p. 121.

mercado copias idénticas (sin deterioro) de sus obras, con el riesgo, además, de que el transmitente siga disfrutando del contenido digital, dándose, en consecuencia, un aprovechamiento simultáneo del contenido. Precisamente en la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (TJCE 2019\284, asunto C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV y otros*) se declara expresamente que el acceso *online* de obras protegidas (libros) para su descarga de forma permanente es considerado como un acto de comunicación al público¹⁰⁹ y más concretamente, de puesta a disposición del público de obras protegidas¹¹⁰ (y no un acto de distribución) sobre el cual no se produce tal derecho de agotamiento¹¹¹. Ello determina que las sucesivas transmisiones pueden estar controladas por el titular del derecho de autor.

En nuestra opinión, sin embargo, la cuestión ha de plantearse también desde un punto de vista contractual y desde la óptica de protección del consumidor y sus legítimas expectativas en el contrato, pues así lo permite el artículo 117.2 TRLGDCU. Debemos considerar, como ya se ha indicado, que mediante la descarga del contenido, el consumidor ha adquirido un contenido digital por tiempo indefinido y por un precio acorde con el uso transmitido¹¹².

¹⁰⁹ El acto de comunicación pública está definido en el artículo 20 TRLPI de la siguiente manera: «todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas».

¹¹⁰ El acto de puesta a disposición, como modalidad de comunicación al público, se incluyó en el TRLPI por la Ley 23/2006, de 7 de julio, añadiéndose el apartado i) al artículo 20.2 TRLPI cuyo tener literal es el siguiente: «La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija». Como pone de manifiesto SERRANO FERNÁNDEZ, 2018, p. 166, ello supuso un cambio sustancial en el derecho de comunicación pública pues este derecho se caracterizaba porque el público accedía a la obra al mismo tiempo que se ponía a su disposición. No obstante, con el nuevo derecho de puesta a disposición no se exige ya esa coincidencia temporal. Asimismo, con este nuevo derecho solo se exige la potencialidad del acceso a la obra por una pluralidad de personas.

¹¹¹ Esta interpretación resulta contraria a la mantenida por la STJUE de 3 de julio de 2012 (TJCE 2012\169, asunto C-128/11, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*) en relación con los programas de ordenador en la que, como hemos visto, se realiza una aplicación extensiva del derecho de distribución de acuerdo con el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 2009/24/CE, entendiendo que se produce también en la transmisión *online* de ejemplares.

¹¹² De hecho, en algunas tiendas *online* de contenidos se califica expresamente la transacción como venta. Así, en las condiciones de uso de *Amazon Music* se hace referencia a la *Tienda de música digital*, disponiéndose al respecto que: «La Tienda de Música Digital (la «Tienda») te permite adquirir Contenidos Musicales («Música Comprada»). Salvo que se especifique lo contrario, *toda venta es final y el riesgo de pérdida se transfiere tras la compraventa*. No aceptamos devoluciones de Música Comprada. Al adquirir Contenido Musical en la Tienda, nos estás ordenando que almacenemos por tí la Música Comprada. Cuando realizas un pedido para comprar Contenido Musical en la Tienda, entiendes y aceptas que no podrás cancelar tu compra de Música Comprada una vez iniciado el proceso de entrega, incluyendo aquellos casos en que Amazon te entregue tales Contenidos Musicales mediante la puesta a tu disposición en la nube para su transmisión en *streaming* o su descarga» (resaltado propio). Disponible en <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=201380010>. Fecha de consulta: 15/05/2024). La des-

Por ello, deben permitirse cesiones del contenido digital. Así, por ejemplo, la facultad de prestarlo temporal y gratuitamente, pudiendo implementarse medidas tecnológicas para la interrupción del acceso por parte del consumidor mientras dure dicho préstamo¹¹³. Respecto a la transmisión del contenido a un tercero de forma definitiva, creemos igualmente que la descarga o el acceso de forma indefinida debe facultar al consumidor a transmitir el contenido. Al fin y al cabo, aquí también cabe entender que la expectativa razonable del consumidor es que pueda ejercitar estas facultades tal y como se produce con las obras fijadas en un soporte material. En definitiva, en el caso de que se ceda de forma indefinida el uso de un contenido digital, el suministrador debe quedar obligado a garantizar el *ius disponendi* del adquirente. En caso contrario, podrá apreciarse una falta de conformidad jurídica de acuerdo con los requisitos objetivos de conformidad.

Por último, si el contenido se ha adquirido de forma indefinida, debe garantizarse que el consumidor pueda mantenerlo en su poder y bajo su control, aunque posteriormente a su adquisición sea eliminado de la plataforma del suministrador. Ello ha de aplicarse con independencia de si la transmisión ha sido mediante descarga o se realiza mediante su acceso *online* vinculado a una cuenta del usuario¹¹⁴.

Al respecto, conviene recordar el conocido caso de Amazon Kindle que, en 2009, retiró remotamente dos libros de George Orwell (1984 y Rebelión en la granja) de su biblioteca digital por

cripción del suministro que se realiza por el propio empresario determina, en nuestra opinión, que el consumidor pueda razonablemente esperar que se le transmita la propiedad del contenido pudiendo, en consecuencia, enajenar el mismo a un tercero.

¹¹³ OPRYSK, SEIN, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 615.

¹¹⁴ Es común encontrar cláusulas que facultan al suministrador a eliminar de su catálogo, en cualquier momento, el contenido digital disponible. Así, en las condiciones generales de Kindle, se dispone expresamente que: «El catálogo de Contenido Kindle en la Tienda Kindle, incluyendo cualquier Contenido de Suscripción, está cambiando constantemente, y se puede añadir nuevo Contenido Kindle, y eliminar el Contenido Kindle existente, en cualquier momento» (Disponible en <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950>. Fecha de consulta: 15/05/2024). Igualmente, en Google play se dispone: «De acuerdo con lo establecido en las Condiciones, podrá acceder al Contenido que compre o instale mediante Google Play durante el período que haya elegido (si alquiló el contenido) o, en los demás casos, mientras Google disponga del derecho a facilitarle ese Contenido. En algunos casos (por ejemplo, si Google pierde los derechos correspondientes, discontinúa un servicio o determinado Contenido, detecta problemas de seguridad críticos o toma conocimiento de que se incumplieron las condiciones aplicables o alguna disposición legal), Google podrá quitar el Contenido que haya comprado de su Dispositivo o dejar de proporcionarle acceso a él. Con respecto al Contenido que venda Google LLC, se le avisará de tal eliminación o cese siempre que sea posible. Si no puede descargar una copia del Contenido antes de que se quite o deje de estar disponible, Google le ofrecerá (a) sustituir el Contenido (si es posible) o (b) un reembolso total o parcial del importe abonado por el Contenido. Si Google le emite un reembolso, esa será la única solución a la que accederá» (Disponible en https://play.google.com/intl/es-419_us/about/play-terms/. Fecha de consulta: 15 de mayo de 2024).

no tener los derechos de distribución sobre dichas obras. Los compradores vieron como estos desaparecían, de la noche a la mañana, de sus libros electrónicos Kindle. Un caso similar ocurrió en el año 2013 con la retirada de las películas Disney que algunos clientes habían adquirido a través de Amazon US, por medio de compra-ventas, y que se encontraban a su disposición a través de sus cuentas de usuario. El motivo de dicha retirada fue que Disney, propietaria de los derechos de autor sobre las mismas, había decidido ser la única distribuidora través de su canal de televisión de Disney Channel¹¹⁵.

No cabe duda de que, en este caso, el suministrador ha de responder frente al consumidor. Al fin y al cabo, resulta claro que la adquisición de un contenido digital con carácter indefinido por parte del consumidor determina una expectativa razonable de que este podrá ser usado cada vez que quiera¹¹⁶. Cabe apreciar aquí también una falta de conformidad jurídica del contenido de la que deberá responder el suministrador.

En definitiva, entendemos que los contenidos adquiridos de forma indefinida que no pueden copiarse o transmitirse a terceros en ningún caso, se han de considerar no conformes con el contrato ya que se impide el uso normal del producto¹¹⁷ que el consumidor puede razonablemente esperar de acuerdo con el tipo contractual usado para su transmisión. De esta forma, podrá ejercitarse los remedios regulados en la normativa, estos son, en primer lugar la puesta en conformidad y, en el caso de que esta no sea posible¹¹⁸, la reducción del precio o la resolución del contrato (arts. 118 a 119 ter TRLGDCU).

Por otro lado, el acceso o descarga del contenido digital debe garantizar que el consumidor pueda consultar o usarlo de forma indefinida. En esta línea, entendemos que nos encontramos ante un

¹¹⁵ Sobre la noticia disponible en Internet: https://www.elotrolado.net/noticia_disney-obliga-a-amazon-a-retirar-contenido-digital-previamente-pagado-por-los-usuarios_23079. Fecha de consulta: 23/05/24. *Vid.* HIDALGO CEREZO, 2021, pp. 326 y 327.

¹¹⁶ OPRYSK, SEIN, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 617.

¹¹⁷ ROTT, *Journal of Consumer Policy*, 2008, p. 447.

¹¹⁸ La imposibilidad de poner los contenidos digitales en conformidad jurídica será un supuesto habitual en la práctica teniendo en cuenta que el suministrador no podrá modificar los términos de la licencia de uso ni desactivar, por su cuenta, las medidas tecnológicas establecidas para el cumplimiento de las restricciones impuestas. Es por ello que en virtud de lo dispuesto en el artículo 118. 3 y artículo 119 a) TRLGDCU (imposibilidad de poner los contenidos en conformidad), el consumidor solo podrá pedir la reducción del precio o la resolución del contrato. *Vid.* ATAZ LÓPEZ, 2023 p.82. Sobre esta cuestión, hay que tener en cuenta que el propio artículo 20 DCSD prevé una acción de regreso del empresario contra la persona o personas responsables en la cadena de transacciones comerciales (en nuestro ordenamiento, art. 125.2 TRLGDCU). Por tanto, el suministrador podría, según los casos, reclamar al titular del derecho por la falta de conformidad.

tipo contractual cuya función económica es similar a la de la compraventa y, por ello, debe ser garantizada la posesión del contenido sin interferencias¹¹⁹.

c) EL ACCESO A CONTENIDOS DIGITALES O SUMINISTRO DE SERVICIOS DIGITALES CON CARÁCTER TEMPORAL

Cabe también que el acceso al contenido digital se provea de forma temporal a cambio de un precio entre un catálogo ofrecido por el suministrador. La calificación de este contrato resulta, sin duda, más compleja pues este suministro puede quedar enmarcado en un contrato de servicios de trato sucesivo o bien en el alquiler de un contenido digital (cesión temporal a cambio de un precio). Así, por ejemplo, en los servicios de plataformas de vídeos bajo demanda a través de los cuales el consumidor puede acceder a películas o música *in streaming* o mediante su alquiler.

En cualquier caso, la diferencia entre estos y la adquisición mediante descarga (incluida en el anterior supuesto) estriba fundamentalmente en que, en esta última, el archivo queda almacenado en el dispositivo del consumidor de forma que se obtiene una copia de los mismos. No obstante, en el acceso temporal, estos se reproducen, pero sin que queden almacenados en el dispositivo usado¹²⁰. Asimismo, en el servicio digital consistente en poner a disposición del consumidor obras protegidas (sean estas libros, películas o música) no se produce una cesión de las mismas con carácter indefinido si no que este acceso se limita temporalmente, bien porque se produce mediante un alquiler o bien por la suscripción temporal a la plataforma que ofrece accesos *online* al catálogo disponible. Transcurrido el tiempo fijado en el contrato el contenido deja de estar disponible para el consumidor.

En cuanto a las restricciones que suelen presentarse en este tipo de suministro, es común limitar el número de dispositivos a través de los cuales el consumidor puede acceder al contenido, sea de forma simultánea o no¹²¹. Resulta difícil concretar aquí lo que el

¹¹⁹ Cuestión también interesante y muy relacionada es la de la transmisión *mortis causa* de los contenidos/servicios digitales que constituyan obras protegidas. No obstante, ello merece un estudio separado que habrá de tener en cuenta el propio Derecho sucesorio español y el artículo 96 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que regula el denominado «testamento digital». Sobre esta cuestión *Vid.* SERRANO FERNÁNDEZ, 2023.

¹²⁰ CASANOVA ASENCIO, 2023, p. 89.

¹²¹ Así, por ejemplo, en las condiciones de uso de *Amazon Music* se dispone expresamente en la cláusula tercera que: «Es posible que necesites registrar los dispositivos que utilizas con los Servicios, y podremos limitar el número de dispositivos que puedes registrar, la frecuencia con la que puedes cambiarlos y el número de dispositivos desde los que puedes utilizar los Servicios simultáneamente. Asimismo, podremos imponer otras restric-

consumidor puede legítimamente esperar salvaguardando su interés en acceder al contenido desde el dispositivo que quiera y, por otro, el interés del suministrador que puede, efectivamente, limitar de algún modo el acceso con el fin de evitar que terceros ajenos al contrato puedan acceder a los contenidos. En esta línea, creemos que cualquiera que sea el límite que se imponga, el consumidor debe ser previamente informado de esta limitación que, en muchos casos, será especialmente relevante para disfrutar del contenido/servicio suministrado. De esta forma, creemos que no es suficiente una advertencia sobre la posibilidad de restringir este uso por parte del suministrador, si no la concreción exacta del número de dispositivos autorizados.

Por otro lado, el suministrador ha de garantizar el acceso del consumidor a los contenidos digitales y, además, que este acceso resulte legítimo. Precisamente, en el considerando 54 DCSD se describen dos supuestos concretos de falta de conformidad jurídica en cuanto al acceso, estos son: que se obligue al empresario a dejar de ofrecer los contenidos o servicios digitales, por un lado, o que su acceso por parte del consumidor no sea lícito pues el vendedor o suministrador no tiene el permiso suficiente para su transmisión, por otro. En efecto, el acceso ilegítimo a un contenido digital determinaría también una falta de conformidad jurídica, aunque el titular del derecho no reaccionase frente a la misma¹²².

No obstante, a menudo los titulares de las obras o de sus derechos de explotación pueden implementar medidas tecnológicas que impidan el acceso al contenido digital cuando se carece de permiso suficiente para hacerlo. Se produce, en este caso, una vulneración de un derecho de tercero y, consecuentemente, una restricción a su acceso por parte del consumidor como consecuencia de la reacción de dicho tercero a la infracción de su derecho. Este supuesto encaja, de forma precisa, en el supuesto de hecho descrito en el artículo 117.2 TRLGDCU.

En definitiva, el acceso temporal de los contenidos/servicios ha de garantizarse durante el tiempo previsto en el contrato y, por supuesto, de forma lícita. La interrupción o denegación como consecuencia de un derecho de tercero sobre el contenido suministrado se trataría de una falta de conformidad jurídica del artículo 117.2 TRLGDCU,

ciones sobre el uso de los Servicios» (Disponible en <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=201380010>. Fecha de consulta: 19 de marzo de 2024). Así también en Google play se dispone que. «Google podrá poner límites en cualquier momento a la cantidad de Dispositivos o aplicaciones de software que podrá usar para acceder al Contenido» (Disponible en https://play.google.com/intl/es-419_us/about/play-terms/. Fecha de consulta: 15 de mayo de 2024).

¹²² ATAZ LÓPEZ, 2023, p. 77.

pudiendo el consumidor, en consecuencia, ejercitar los remedios previstos en la normativa.

2.2.2 La exclusión de los requisitos objetivos de conformidad

Como se ha indicado, la determinación de los supuestos de falta de conformidad jurídica de los contenidos/servicios digitales se realiza a través de los criterios objetivos de conformidad (señaladamente, el test de razonabilidad) a través de los cuales se exige que el suministrador garantice unos usos y facultades mínimas y que estos ofrezcan la funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad que razonablemente puede esperarse de los mismos¹²³.

No obstante, el artículo 115 ter. 5 TRLGDCU (art.8.5 DCSD y art.7.5 DCCB) permite que se excluyan, por convenio, los requisitos objetivos de conformidad del contenido o servicio¹²⁴. La norma dispone expresamente que no habrá falta de conformidad cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato. Por tanto, a pesar de que tanto los criterios objetivos como subjetivos se encuentran en el mismo nivel, de forma que no se superponen unos a otros¹²⁵ (considerando 45 DCSD¹²⁶),

¹²³ Al respecto, debemos recordar que los criterios subjetivos se basan en lo expresamente establecido en el contrato y en la información precontractual suministrada (también a través de la publicidad) y, en consecuencia, es el suministrador del contenido el que los determinará teniendo en cuenta que estos contratos no se negocian con el consumidor, si no que se trata (en su gran mayoría) de contratos de adhesión. Son los criterios objetivos de conformidad los que garantizan unos usos y funciones mínimas que se han de observar en todo caso.

¹²⁴ Esta posibilidad no se preveía en el régimen de conformidad de la Directiva 1999/44/CE. De hecho, en nuestro régimen jurídico dicha cláusula sería nula por abusiva de acuerdo con el artículo 86.1, párrafo segundo TRLGDCU, que dispone expresamente que serán abusivas «las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad». Ahora, como vemos, se permite expresamente desviarse de algún requisito objetivo de conformidad siempre que el empresario cumpla con el requisito de transparencia material.

¹²⁵ Como sí ocurría en la Propuesta de Directiva de 2015, que expresamente establecía en su artículo 6, después de concretar los requisitos subjetivos de conformidad, lo siguiente: «En el supuesto de que el contrato no establezca, cuando proceda, de forma clara y comprensible, los requisitos para los contenidos digitales de conformidad con el apartado 1, estos serán aptos para los fines a los que ordinariamente se destinan contenidos digitales del mismo tipo, incluida su funcionalidad, interoperabilidad y demás características de funcionamiento tales como la accesibilidad, la continuidad y la seguridad...». Se consagraba, pues, el principio de subsidiariedad de los requisitos objetivos frente a los subjetivos.

¹²⁶ Se establece expresamente que «los contenidos o servicios digitales deben cumplir no solo los requisitos subjetivos de conformidad, sino que además deben cumplir los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva. La conformidad

la facultad de excluir los requisitos objetivos (cumpliendo el principio de transparencia) vuelve a otorgar al suministrador el poder de determinar la conformidad (también jurídica) del contenido/servicio digital¹²⁷.

Resulta bastante evidente el peligro que subyace ante esta opción en orden a proteger el interés del consumidor en el contrato. Teniendo en cuenta que esta exclusión no será en ningún caso negociada, se corre el riesgo de que el empresario abuse de la misma, *sacando* del contrato alguna prestación o cualidad relevante o, al menos, normal para esa categoría de contratos, quedando por tanto exonerado de su cumplimiento. En cualquier caso, el legislador se ha asegurado de que el consumidor conozca esta exclusión exigiendo que, para que sea válida, haya tenido que ser aceptada de forma expresa y por separado en el momento de la celebración del contrato.

Ante el evidente riesgo de abuso de esta facultad por parte del empresario, para que dicha exclusión sea efectiva deben operar ciertos límites. Así, en primer lugar, deberá exigirse que el contenido o servicio digital cumpla, en todo caso, con las normas y reglas técnicas aplicables según la legislación y los códigos de conducta a los que esté adherido el empresario, de forma que en ningún caso el suministrador pueda excluir la normativa aplicable al contrato. En segundo lugar, el contenido suministrado o servicio prestado deberá ser siempre apto para los fines a los que normalmente se destinan los del mismo tipo, de forma que posea la funcionalidad, la interoperabilidad, compatibilidad y accesibilidad suficiente para que pueda ser usado por el consumidor conforme a su finalidad fundamental. En este sentido no cabe, en nuestra opinión, que se excluya algún requisito que desnaturalice el contenido o servicio, de forma que no pueda ser usado por el consumidor de acuerdo con su finalidad normal. Por ello, entendemos que las facultades de uso y transmisión del contenido que el consumidor pueda legítimamente esperar de acuerdo con el tipo contractual usado para su suministro han de quedar siempre garantizadas.

debe evaluarse, considerando, entre otros factores, el fin para el que se utilizarían normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo. También debe poseer las cualidades y las características de funcionamiento que normalmente presentan los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que los consumidores pueden razonablemente esperar, dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y teniendo en cuenta cualquier declaración pública sobre las características concretas de los contenidos o servicios digitales realizada por el empresario, o en su nombre, o por otra persona en fases previas de la cadena de transacciones».

¹²⁷ *Vid. SPINDLER, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law 2021 p. 119.*

Por otro lado, atendiendo al tenor literal del precepto, no se cumple el deber de transparencia exigido para eludir el requisito objetivo con una simple remisión a las condiciones generales que regulan las condiciones de uso o acceso al contenido digital. Tampoco, por supuesto, la aceptación de las cláusulas contenidas en el EULA por parte del consumidor. Como hemos visto, se exige una información específica por parte del suministrador, de forma que durante el proceso de contratación se destaque la misma, garantizando que el consumidor tiene una oportunidad real de conocerla. Asimismo, esta debe ser aceptada expresamente por el mismo, valiendo, a tal efecto, marcar una casilla, apretar un botón o activar una función similar (considerando 49 DCSD).

En definitiva, entendemos que esta opción debe operar para prestaciones que no impidan el uso del contenido de acuerdo con su naturaleza, aunque su eliminación suponga una menor calidad en el contenido o servicio suministrado. Se debe garantizar un nivel mínimo de adecuación entre los contenidos digitales suministrados y su finalidad típica en el mercado pues, en caso contrario, habrá que entender que existe una falta de conformidad, dando derecho al consumidor a los remedios previstos en la legislación.

III. CONCLUSIONES

La DCSD y DCVB han configurado un régimen jurídico sobre el cumplimiento, incumplimiento y remedios puestos a disposición del consumidor tanto para las compraventas de consumo como para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Ambas normas tienen como fin fundamental el de modernizar el Derecho de consumo de la Unión, adaptándolo a los nuevos bienes digitales caracterizados por su naturaleza inmaterial y por las nuevas características que estos han de reunir conforme a su fin y naturaleza. Una de las novedades que se han introducido es la regulación de la falta de conformidad jurídica del bien o el contenido/servicio digital suministrado, contenida en el artículo 117.2 TRLGDCU (trasposición de los arts. 9 DCSD y 10 DCCB). En el citado precepto se declara expresamente la responsabilidad del empresario cuando, a consecuencia de una vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, se impida o limite la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales.

La falta de conformidad jurídica puede definirse como aquel defecto o vicio del bien o del contenido digital que afecta a su situa-

ción jurídica y que determina la existencia de limitaciones, gravámenes o privaciones en el derecho del adquirente del mismo, constituyendo la misma una falta de conformidad (esto es, un supuesto de incumplimiento contractual) de acuerdo con los artículos 115 bis y 115 ter TRLGDCU. Esta situación puede presentarse tanto en un bien mueble material que sea objeto de un contrato de compraventa como en un contenido o servicio digital que se haya suministrado. Si bien es cierto que el precepto se redactó pensando en las faltas de conformidad derivadas de derechos de propiedad intelectual que, terceros ajenos al contrato, pudieran tener sobre los contenidos y servicios digitales suministrados, no cabe duda de que resulta igualmente aplicable a la compraventa de bienes materiales. Ambos supuestos, sin embargo, plantean interrogantes diferentes.

Por ello, en el presente estudio hemos analizado, en primer lugar, la falta de conformidad jurídica de los bienes materiales en los contratos de compraventa de consumo. De acuerdo con el artículo 117.2 TRLGDCU, se requiere la existencia de la infracción de un derecho perteneciente a un tercero suficiente para impedir o limitar el uso del bien por parte del comprador. Por tanto, el primer supuesto de disconformidad jurídica sería aquel en el que un tercero impida de forma efectiva la utilización del bien por parte del consumidor en virtud de un derecho anterior a la compra.

No obstante, dada la finalidad del precepto, en este trabajo hemos defendido una interpretación amplia del mismo, de forma que también habrá falta de conformidad cuando, aún no limitándose o privándose al consumidor de la cosa, exista una pretensión de un tercero y esta esté debidamente fundamentada o, más bien, no esté, de forma patente, ausente de fundamento, de forma que no se obligue al comprador a incurrir en gastos en defensa de su derecho sin la debida garantía de éxito. Así, el vendedor responderá por la existencia de perturbaciones jurídicas que puedan impedir o limitar el uso del bien. Debe garantizar, así, la posesión libre de reclamaciones de terceros.

Asimismo, como tercer supuesto de falta de conformidad jurídica, está la mera existencia del derecho de tercero sobre el bien, aunque este no haya ejercido el mismo. En esta línea, entendemos que el empresario está obligado a entregar la cosa libre de derechos de terceros de forma que, existiendo este, el consumidor no tenga que esperar a que se ejercente por parte de su titular. Al fin y al cabo, en las compraventas de consumo, el consumidor puede legítimamente esperar que la cosa se encuentre libre de cualquier derecho que pueda impedir o limitar su utilización. Por ello, si finalmente existe un derecho de tercero y no se informa específicamente al

consumidor, habrá un incumplimiento del vendedor de acuerdo con el artículo 115 ter, letra d) TRLGDCU que exige que el bien presente la cantidad y posea las cualidades y otras características (entre las que se encuentran, sin duda, las características jurídicas) que presenten normalmente los bienes del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar.

Por último, también podrá existir falta de conformidad jurídica si el vendedor no es propietario de la cosa en el momento de la entrega pues, también en este caso, el consumidor la adquiere con el peligro de que sea reclamada por su (anterior) propietario. Al fin y al cabo, el vendedor está obligado también a garantizar una posesión pacífica, pero sin necesidad de evicción ni de reclamación judicial. De esta forma, como se ha defendido, el comprador no tiene por qué estar sometido al riesgo de un pleito contra el antiguo propietario.

En definitiva, el artículo 117.2 TRLGDCU aplicado a las compraventas de consumo ha de interpretarse forma amplia de acuerdo con los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad regulados en los artículos 115 bis y 115 ter TRLGDCU. Por ello, entendemos que el vendedor ha de entregar la cosa libre de derechos de terceros. Asimismo, ha de garantizar su uso libre y pacífico de forma que el consumidor no vea peligrar el mismo por pretensiones de terceros que pudieran tener un derecho sobre la cosa vendida. En cualquier caso, y al fin de evitar interpretaciones más restrictivas para el derecho del consumidor, sería conveniente una redacción en dichos términos de forma que se declare, expresamente, la obligación del vendedor de entregar la cosa libre de derechos y pretensiones (no manifiestamente infundadas) de terceros tal y como se realiza, como hemos visto, en el artículo 41 CSIG.

Respecto al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, la falta de conformidad jurídica se manifiesta de forma diferente. Al fin y al cabo, los contenidos o servicios digitales son, en la mayoría de los casos, obras protegidas por derechos de propiedad intelectual y, por ello, estarán casi siempre, de un modo u otro, sometidos a derechos de terceros. De esta forma el consumidor que los adquiere se verá, inevitablemente, constreñido a cumplir determinados límites y restricciones. La regulación de la falta de conformidad jurídica en la DCSD pone precisamente de manifiesto la interacción entre el Derecho contractual y el Derecho de autor, consolidando, por primera vez en este ámbito, un enfoque de protección del consumidor de obras en formato digital.

En la mayoría de los casos, las restricciones y limitaciones vienen impuestas por el titular del derecho de explotación a través del

acuerdo de usuario final que el consumidor deberá aceptar antes de acceder al contenido o servicio.

No obstante, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 117.2 TRLGDCU, el suministrador de los contenidos digitales no puede ampararse en la existencia de las cláusulas incluidas en los acuerdos redactados por los terceros titulares de la propiedad intelectual para suministrar un contenido no conforme. Con la nueva regulación se exige, expresamente, la observancia de un parámetro objetivo, este es, que los contenidos tengan las características que razonablemente puede esperarse de ellos, siendo ahora el empresario el que debe asegurarse de que los términos de las licencias otorgados para la descarga o acceso al contenido incluyan todos los usos razonables y no se impongan restricciones inesperadas.

Al respecto, hemos señalado que los usos razonables han de estar determinados de acuerdo con el tipo contractual usado para el suministro del contenido y/o servicio digital así como con su naturaleza y finalidad. De acuerdo con ello, hemos analizado las limitaciones y restricciones que más comúnmente suelen incluirse en el mercado, distinguiendo entre el suministro de programas de ordenador, el suministro indefinido de otros contenidos digitales y, por último, el acceso temporal a cambio de un precio. En cada uno de estos, hemos determinado las facultades que, en nuestra opinión, el consumidor puede legítimamente esperar tales como la realización de una copia de seguridad, la copia privada o su transmisión a terceros. Asimismo, el suministrador ha de garantizar el acceso legítimo a los contenidos de forma que, durante la vigencia del contrato, se garantice su uso o disfrute sin interferencias.

En definitiva, no cabe duda de que se ha dado un importante paso en orden a la protección del consumidor digital. Como hemos defendido en este trabajo, el artículo 117.2 TRLGDCU permite ahora al consumidor exigir los usos y facultades que legítimamente puede esperar de acuerdo con el tipo contractual usado y la naturaleza de los contenidos digitales. No obstante, es cierto también que el suministrador no podrá poner los bienes digitales en conformidad puesto que, en la mayoría de los casos, no logrará modificar los términos de la licencia de uso ni desactivar las medidas tecnológicas establecidas para el cumplimiento de las restricciones impuestas. Por ello, creemos que aún debe seguir avanzándose por esta senda de forma que se equilibre la balanza entre los consumidores digitales y los titulares de los derechos de propiedad intelectual de las obras que se comercializan en formato digital. Por ello, entendemos que sería aconsejable una regulación que garantizara determinados

usos y facultades de los consumidores digitales de forma que se equipararan, en la medida de lo posible, al consumidor analógico.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: «Los derechos del consumidor derivados de la falta de conformidad en la compra de bienes y en los contratos de contenidos y servicios digitales», en *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Barcelona, 2022, pp. 131-156.
- APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», www.indret.com, 2016, pp. 1-58.
- «La tipificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo», *Revista de Educación y Derecho*, 2021, pp.1-33.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «Bienes y elementos digitales. ¿dos mundos aparte?», *Revista de Educación y Derecho*, 2021, pp.1-29.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2022, pp. 1-32.
- «Las nuevas directivas sobre digitalización del derecho de contratos», en *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Barcelona, 2022, pp. 19-46.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Licencias de uso de contenidos digitales sometidos a propiedad intelectual», en *Contratación en el entorno digital*, Navarra, 2023, pp. 63-85.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2014, pp. 79-167.
- «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley*, 2021, pp. 1-32.
- CASANOVA ASENCIO, Andrea Salud: «Problemas en torno a la explotación digital de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical», en *Contratación en el entorno digital*, Navarra, 2023, pp. 87-157.
- CASTILLA BAREA, Margarita: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores. Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril*, Navarra, 2021.
- «¿Estamos ante un nuevo paradigma de la conformidad de los bienes muebles, contenidos y servicios digitales? Reflexiones sobre el rol asignado a los requisitos objetivos tras la adaptación del TRLGDCU a las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», en *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Barcelona, 2022, pp. 97-130.
- CASTILLO PARRILLA, José Antonio: *Bienes digitales. Una necesidad europea*, Madrid, 2018.

- CLEMENTE MEORO, Mario Enrique: «El contrato de compraventa (1)», en *Contratos Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo I. Contratos de finalidad traslativa del dominio (I)*, Navarra, 2014, pp. 31-212.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «La conformidad de la prestación», en *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, 2015, pp. 463-490.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro: «Adquisición a non domino y conformidad», en *La conformidad de los bienes y los servicios y contenidos digitales tras la Transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 771*, Madrid, 2024, pp. 241-269.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, pp. 2929-3002.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores *Anuario de Derecho Civil*, 2013, pp. 717-836.
- HELBERGER, Natali: «Standardizing Consumers' Expectations in Digital Content», 2012 (Disponible en https://www.ivir.nl/publicaties/download/Info_2011_13.pdf Fecha de consulta: 24/05/24).
- HIDALGO CEREZO, Alberto.: *Propiedad y patrimonio en el mercado digital*, Pamplona, 2021.
- LACRUZ BERDEJO, José Luís, *Elementos de derecho civil. III. Derechos reales, volumen primero. Posesión y propiedad*, Madrid, 2008.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Capítulo I. Disposiciones generales sobre garantía de los productos de consumo», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias*, Navarra, 2009, pp. 1405-1482.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, Sheila: «Novedades (en vigor a partir del 01.01.2022) en el régimen de la compraventa de bienes al consumo tras la trasposición de la Directiva (UE) 2019/771 mediante el RD-Ley 7/2021 de 27 de abril», *Cesco: Publicaciones periódicas*, 2021, pp. 1-21.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Artículo 41», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, 1998, pp. 355-376.
- «Algunos problemas de la responsabilidad por la transmisión de la propiedad en la compraventa», *Revista de Derecho. División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, 2006, pp. 233-269.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Artículo 1474», en *Comentario del Código Civil. Tomo II*, Madrid, 1991, pp. 933-935.
- *La modernización del derecho de obligaciones*, Navarra, 2006.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «El contrato de compraventa (3). La compraventa de bienes de consumo», en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo I. Contratos de finalidad traslativa de dominio*, Pamplona, 2014, pp. 327-432.
- OPRYSK, Liia/ SEIN, Karin: «Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There a Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, pp. 594-623.

- RAGEL SÁNCHEZ, Luís Felipe: «La venta de cosa ajena: distinción de supuestos», en *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios europeos y Draft*, 2012, Madrid, pp. 45-88.
- ROSENKRANZ, Frank: «Article 10. Third-party rights», en *EU Digital Law. Article by article Commentary*, 2020, pp. 183-199.
- ROTT, Peter: «Download of Copyright-Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law», *Journal of Consumer Policy*, 2008, pp.:441-457.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: «La sucesión mortis causa en el patrimonio digital Objeto, sujetos y forma», Aranzadi, Pamplona, 2024.
- «Propiedad intelectual y nuevas tecnologías», en Derecho digital: retos y cuestiones actuales, Pamplona, 2018, pp. 161-180.
- SPINDLER, Gerald: «Digital Content Directive and Copyright-related Aspects», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2021, pp. 111-130.
- STAUDENMAYER, Dirk: «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *European Review of Private Law*, 2020, pp. 219 – 250.
- VAQUER ALOY, Antoni: «El principio de conformidad ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, pp. 5-39.
- ZOLL, F: «Article 102», en *Common European Sales Law (CESL)-Commentary*, 2012, Baden Baden, pp. 516-523.

Responsabilidad contractual y extracontractual: la situación doctrinal en España.

PEDRO DEL OLMO GARCÍA¹

Profesor titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Este trabajo pretende ofrecer una descripción clara del confuso debate doctrinal en España acerca de las relaciones entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Para ello, se toma como punto de partida la observación, destacada en Derecho comparado, de que la manera de plantear esas relaciones viene determinada por las características básicas del sistema de responsabilidad por daños extracontractuales existente en cada país. Esas mismas características determinan también la manera de identificar las áreas o zonas que son significativas para plantear correctamente el estudio de las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad (las llamadas «zonas de solapamiento y zonas grises», frente a la llamada «zona mixta o fronteriza»). Esas dos ideas, permiten identificar en el debate español dos posiciones teóricas extremas o puras (la llamada regla non cumul de la tradición francesa y la regla de la opción, que se corresponde mejor con las características de los sistemas de tradición germánica), frente a las cuales, se pueden describir algunas posiciones intermedias. Esas posiciones intermedias combinan –de variadas formas– los elementos de las teorías extremas o puras. Entender esas extrañas combinaciones y atender al ámbito de aplicación de las reglas que se proponen creo que es lo permitirá explicar más claramente el oscuro debate doctrinal existente entre nosotros.

¹ Durante la elaboración de este trabajo, he podido contar con la ayuda y el estímulo de algunas conversaciones con los profesores F. Pantaleón, S. Cavanillas Múgica, M. Martín-Casals, J. Alfaro, F. Garcimartín, J. Solé Feliu, M. Herrador y J. Ataz. En algunas reuniones internacionales, también pude conversar sobre él con J. S. Borghetti, B. Winiger, E. Bargelli, R. Schulze y M. Dyson. También me han sido muy útiles las observaciones de los/las revisores anónimos/as de ADC. A todos ellos les agradezco su ayuda. Naturalmente, la responsabilidad por las incorrecciones que se encuentren en el texto es sólo mía. Este trabajo se ha desarrollado en ejecución del Proyecto PID2022-142468NB-I00. Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el Congreso Internacional de Derecho de los Contratos, celebrado en Santiago de Chile, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 10-11 de octubre 2024. Mi agradecimiento también alcanza a los organizadores de este evento y a quienes plantearon muy interesantes preguntas en el debate subsiguiente.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual, antijuridicidad del daño, daño puramente patrimonial, acumulación de responsabilidades, regla de la opción, regla de la unificación de responsabilidades, regla de la no acumulación (regla non cumul), ámbito del contrato, deberes contractuales de protección y seguridad.

Contractual and Non-Contractual Liability: The Doctrinal Debate in Spain

ABSTRACT

According to some comparatists, the relationship between contractual liability and non-contractual liability is determined by the basic characteristics of the non-contractual liability system. These same basic characteristics also determine the definition of the areas that are relevant for the study of the relationship between both kinds of liability (zones of overlap and grey zones, versus mixed or border zones). With this point of departure, this work suggests an explanation of the obscure doctrinal debate that exists in Spain. To do so, I propose to identify two extreme or pure theoretical positions (the non cumul rule of the French tradition and the rule of option, that fits better with solutions of the Germanic tradition) and to describe some intermediate positions that combine elements of the first two. To understand these strange combinations of the intermediate positions is crucial to have a better explanation of the doctrinal debate existing among us.

KEY WORDS

Contractual liability, non-contractual liability (tort law), wrongfulness of the damage, pure economic loss, concurrence of actions, rule of option, unification of liabilities, non-concurrence of actions (non cumul rule), scope of the contract, duties of protection and care.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Una propuesta teórica.* 1. Los tres o cuatro requisitos de la responsabilidad extracontractual. 2. La llamada zona de solapamiento: dos soluciones.–III. *La situación doctrinal en España.* 1. Dos posiciones extremas. 2. Las posiciones doctrinales intermedias: la definición negativa de la responsabilidad extracontractual y el ámbito del contrato. 2.1 La responsabilidad extracontractual, como la misma palabra indica. 2.2 El ámbito del contrato. 3. Una descripción breve de las posiciones intermedias. 3.1 Tres teorías a la vez. 3.2 Una propuesta que lo soluciona todo junto: ¿Es posible defender la unificación de responsabilidades? 3.3 Una buena solución para un caso muy concreto. 3.4 Una nueva versión de la regla *non cumul*. 4. El ámbito de aplicación de las soluciones propuestas. 4.1 La unificación como solución única. 4.2 Diferentes reglas, sin un ámbito de aplicación claro.

4.3 Un campo de aplicación muy estricto. 4.4 Los casos dudosos.–
IV. Conclusiones.–Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de las relaciones entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual es un tema difícil y recurrente en el debate doctrinal, tanto en Derecho español, como en Derecho comparado². Es un tema sobre el que se ha escrito mucho y que se plantea una y otra vez, especialmente cuando llega el momento de reformar el Derecho de la responsabilidad por daños extracontractuales³.

Siendo una cuestión difícil en muchos países, creo que la situación doctrinal en España sobre esta materia es particularmente confusa e insatisfactoria, como he dejado ya escrito en otro lugar⁴. En este diagnóstico coincido con otros muchos autores⁵.

Esa sensación de insatisfacción y falta de claridad doctrinal se puede apreciar gráficamente en el hecho de que algunos autores, tras realizar un detenido examen de la situación doctrinal, alcanzan la conclusión –teóricamente, poco comprometida– de que, en la duda, el abogado que se enfrente a un caso en el que puedan concurrir los dos tipos de responsabilidad hará bien en ejercitar alternativa o subsidiariamente las dos acciones, la de responsabilidad contractual y la de responsabilidad extracontractual⁶. También me

² Esa observación sobre la dificultad de la materia es común en el Derecho comparado, como se puede ver en MARTÍN-CASALS, 2019, p. 714. En España, muchos autores también lo destacan así. Se puede ver, por todos, LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p 23.

³ Tal como quedó patente en las ponencias y los debates que se dieron en el encuentro celebrado en la Universidad de Girona en junio de 2024 con el título «Tort Law Reform in Europe and Beyond. Why is Tort Law Reform so Difficult?». Las ponencias están disponibles en (página consultada el 07/07/2024): https://diobma.udg.edu/handle/10256.1/7620/discover?rpp=24&etal=0&group_by=none&page=1&sort_by=dc.date.issued_dtℴrder=desc.

⁴ DEL OLMO, 2024, pp. 212 ss.

⁵ Se puede comprobar, entre otros muchos, en CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 131 ss. o también en MARTÍN-CASALS; A. RUDA, 2019, p. 547. Igualmente en DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, y a ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 51.

⁶ Así, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1993, p. 48, repitiendo una idea que había mencionado ya en p. 41 (y destacando que esta solución va a impedir la alegación de indefensión por la otra parte) dice que, «lo aconsejable es ejercitar conjunta o alternativamente las dos acciones (...) a fin de dejar en definitiva en manos del Tribunal la calificación que proceda según su criterio, al amparo del *ius novit curia*». Más recientemente SERRA RODRÍGUEZ, 2021, pp. 89-90, expresa la misma idea diciendo que, «(en) aquellos supuestos en que se dude si la responsabilidad es contractual o extracontractual, lo más razonable será que el

parece significativo que un estudioso especializado en la materia, como es el profesor Cavanillas Múgica, termine su análisis con unas conclusiones en las que empieza expresando «sus propias dudas» y renuncia a ofrecer soluciones claras⁷. Igualmente, refleja bien la situación la afirmación resignada de A. Carrasco de que «hay que evitar la tentación de querer buscar una racionalidad técnica a esta doctrina»⁸. Con este difícil panorama doctrinal al que me estoy refiriendo, es lógico que la situación jurisprudencial tampoco sea muy clara⁹.

Por lo dicho, quizás se puedan entender los motivos que me llevan a plantear un propósito muy limitado para este trabajo que estoy presentando. En él, no pretendo dar una visión de conjunto de todos los problemas que se plantean en la materia de las relaciones entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Tampoco pretendo un estudio exhaustivo de la situación jurisprudencial ni de la situación comparada existente en los sistemas de nuestro entorno. En realidad, mi pretensión es, simplemente, ofrecer una explicación más clara del debate doctrinal existente entre nosotros. Creo que, en efecto, hay una manera más clara de explicar las muy variadas y distintas posturas existentes en la doctrina española y creo que una aportación de lo que se podría considerar una *historia de las ideas* en esta materia tiene su interés, por lo menos, en la medida en que permite entender qué es lo que está realmente en cuestión en esta materia y cuál es el alcance y significado de cada una de las posiciones doctrinales enfrentadas.

Esta propuesta de aclarar el debate doctrinal que aquí voy a presentar arranca de una observación sencilla que se ha hecho en el Derecho comparado y que, hasta donde yo sé, no ha sido desarrollada en ninguno de los sistemas de tradición francesa en cuya órbi-

actor se refiera al hecho dañoso generador de la responsabilidad, sin calificar la responsabilidad, o acumular ambas acciones, con carácter alternativo o subsidiario, a los efectos de que el demandado tenga oportunidad de defenderse respecto de ambas pretensiones». Para una explicación procesal actualizada, DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 113. Por otro lado, cfr. YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 138.

⁷ La cita exacta, en CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 131, es: «Puede resultar extraño que, tras largo tiempo de empeño investigador, las conclusiones personales que aquí expongo no tengan más objetivo que hacer participar al lector en mis propias dudas acerca de la mejor manera de resolver el problema de la concurrencia de responsabilidades».

⁸ CARRASCO PERERA, 2021, p. 1007. Otra renuncia teórica importante –pero provisional, como se verá– se puede encontrar en ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 50, para quien la cuestión de las relaciones entre uno y otro tipo de responsabilidad no se puede hacer en general y ha de hacerse caso por caso.

⁹ Se puede ver el diagnóstico de la situación que hace PARRA LUCÁN, 2020, p. 404, diciendo que la cuestión de las relaciones entre responsabilidad contractual y extracontractual, «tradicionalmente ha sido uno de los temas más ambiguos y peor tratados jurisprudencialmente». También se puede ver SERRA RODRÍGUEZ, 2021, p. 78., para quien la jurisprudencia ofrece soluciones «vacilantes y sin criterios claros». En la misma línea, CARRASCO PERERA, 2021, p. 1006. Cfr. el diagnóstico de PUIG BRUTAU, 1983, p. 77.

ta se coloca también el régimen de la responsabilidad extracontractual contenido en nuestro Código Civil. Esa observación consiste en señalar que las características básicas de los sistemas de responsabilidad extracontractual son las que determinan, en cada uno de ellos, la manera de plantear las relaciones entre la responsabilidad contractual y la extracontractual¹⁰.

En lo que sigue, empezaré describiendo esa propuesta de atender a las características básicas de cada sistema de responsabilidad y presentaré las razones que, desde ese punto de vista, justifican las soluciones enfrentadas que se defienden normalmente en los sistemas de tradición germánica (regla de la opción) y las que se defienden en los sistemas de tradición francesa (regla de la no acumulación, o regla *non cumul*, en expresión de uso habitual en Derecho español y comparado).

Con ese punto de partida, presentaré a continuación el debate doctrinal en España. Lo haré contraponiendo, por un lado, las dos posiciones –que llamaré extremas– de los autores que defienden cada una de esas dos formas comparadas de solucionar los casos en los que se reúnen los requisitos de ambos tipos de responsabilidad (regla *non cumul* y regla de la opción) y, por otro lado, las posiciones que llamaré *intermedias*. Estas posiciones intermedias son defendidas por autores que proponen soluciones diversas utilizando distintas combinaciones de los elementos presentes en las dos teorías extremas presentadas en primer lugar. Esas combinaciones y permutaciones son las que, en mi opinión, hacen incrementar de manera exponencial el aspecto caótico de nuestro debate.

El análisis de esas posiciones intermedias me permitirá hacer dos observaciones. En primer lugar, destacaré la existencia de lo que podemos llamar un *consenso oculto* entre todas esas posiciones intermedias aparentemente irreconciliables: todas ellas admiten –de forma más o menos transparente– que la responsabilidad extracontractual no es de aplicación en lo que llaman el *ámbito estricto del contrato*. En segundo lugar, destacaré que sólo atendiendo al ámbito de aplicación de las reglas que defienden estos autores de las posiciones intermedias se pueden entender los términos en que se está planteando el debate doctrinal entre nosotros. Veámoslo más despacio.

¹⁰ La idea se puede ver en ZIMMERMANN, 1992, pp. 905 ss. También es muy claro en este mismo sentido, WAGNER, 2003, p. 233. La idea había sido bien destacada por MARTÍN-CASALS, 2019, p. 752.

II. UNA PROPUESTA TEÓRICA

1. LOS TRES O CUATRO REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Desde un punto de vista general, es muy conocida la idea de que la responsabilidad extracontractual de los sistemas basados en una cláusula general de responsabilidad de tradición francesa – como es el caso del CC español– funciona con tres requisitos (acción culposa, daño, nexo causal), mientras que los sistemas en los que la tradición alemana es más influyente añaden un cuarto requisito¹¹. Ese cuarto requisito lo podemos resumir en la exigencia de que el daño afecte a intereses protegidos por derechos de carácter absoluto o *erga omnes*.

En el modelo del BGB, la cláusula general de responsabilidad más amplia que se reconoce es la que está contenida en el § 823, I, según la cual hay obligación de indemnizar si el daño negligentemente causado afecta a la «vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad» y «otros derechos» (hay acuerdo doctrinal en que esos «otros derechos» son también derechos absolutos)¹². De esa manera, si el daño no afecta a un derecho protegido *erga omnes*, sino que afecta a simples derechos relativos/de crédito, no hay –en principio– responsabilidad extracontractual. Eso se suele resumir –dándole la vuelta al argumento– en la idea de que en Alemania, por regla general, no se impone responsabilidad extracontractual por los llamados *daños puramente patrimoniales* (también llamados *daños puramente económicos*). Estos daños puramente patrimoniales son, entonces, aquellos que no afectan a intereses protegidos por derechos absolutos que tienen alcance *erga omnes*.

Por ejemplo, es muy conocido el caso de un camión que, por avería en el motor negligentemente mantenido, quedó accidentalmente parado en la entrada de un negocio. En esas circunstancias, la clientela de dicho negocio no podía tener acceso al local con normalidad, situación que se dilató hasta que el camión pudo ser

¹¹ Se puede ver una explicación breve en DEL OLMO, 2024, pp. 212 ss.

¹² Según la traducción de A. Martínez Sarrión. Para completar esta descripción sucinta del sistema alemán de responsabilidad extracontractual, hay que advertir que en esos casos de daños puramente patrimoniales puede que de igual forma se origine responsabilidad, pero lo será por aplicación de las otras dos cláusulas generales presentes en el BGB. Esas dos cláusulas generales de responsabilidad extracontractual permiten conceder indemnización, pero con un alcance mucho menor. La primera es la cláusula general del § 823, II (daños causados con contravención de las «buenas costumbres»; el ejemplo más claro es el daño –aquí puede ser cualquier tipo de daño– causado de manera dolosa) y la segunda es la contenida en el § 826 (cualquier daño que haya sido tipificado por una ley especial cuya finalidad sea proteger al demandante frente a ese concreto tipo de daño).

finalmente remolcado por una grúa cierto tiempo después. El sistema alemán era incapaz de indemnizar, en principio, el lucro cesante experimentado por el comerciante que explotaba el local en cuestión. En efecto, ese lucro cesante era un *daño puramente patrimonial*, porque el camión no había causado daño físico a la propiedad del demandante. Curiosamente, los tribunales alemanes tuvieron que crear «otro derecho» (en la expresión del § 823, I BGB) de alcance absoluto –al que llamaron algo así como *derecho al ejercicio de la libre empresa*– para poder indemnizarlo. En los sistemas de tradición francesa, como es el caso de nuestro CC, tal construcción es innecesaria.

Como es notorio, el CC español no incluye ese cuarto requisito relativo a la antijuricidad del daño sufrido por el demandado¹³. Por ello, un juez español no empieza preguntándose en un caso de responsabilidad extracontractual si el daño sufrido por el demandante está contenido entre los intereses jurídicamente protegidos por el artículo 1902 CC: este precepto no contiene una lista semejante a la incluida en el § 823, I BGB. El juez español, simplemente se preguntará si el daño –del tipo que sea– sufrido por el actor está unido causalmente al comportamiento imputable del demandado. Si se quiere decir que esa decisión del juez es justamente lo que convierte el daño en antijurídico, lo que me parece que se está haciendo es complicar las cosas inútilmente: no es lo mismo decir que la antijuricidad es un requisito de la responsabilidad extracontractual, que decir que la antijuricidad es el resultado de la aplicación de los requisitos de culpa, daño y nexo causal¹⁴.

Como digo, esa idea de que la responsabilidad extracontractual funciona, según sea el sistema en cuestión, con tres o con cuatro requisitos es una idea muy conocida. Sin embargo, no es tan conocida la idea de que ese distinto punto de partida determina la forma en que se relaciona en cada sistema la responsabilidad extracontractual con la responsabilidad contractual. La idea sí se menciona en la doctrina comparada, principalmente alemana (Zimmermann y Wagner) y del *common law*¹⁵. Aunque la idea no se suele manejar

¹³ Esta cuestión fue muy bien resuelta por PANTALEÓN, 1991, pp. 1993 ss. Para ver el planteamiento teórico completo, también se puede ver, DEL OLMO, *ADC*, 2001-I, pp. 257-368, p. 302. Igualmente, MARTÍN-CASALS; RIBOT IGUALADA, 2003, pp. 883-920. Para comprobar cómo se refleja en la jurisprudencia el dato de la inexistencia de una lista cerrada de intereses protegidos, se puede ver PANTALEÓN; DEL OLMO, 2003, *passim*.

¹⁴ Si se prefiere, se puede decir que la antijuricidad del daño de la que algunos autores hablan en España es, todo lo más, una antijuricidad *ex post* y no *ex ante*. Para esto, se puede ver, DEL OLMO, 2023, p. 8442.

¹⁵ Véanse los ya citados, ZIMMERMANN, 1992, pp. 905 ss. y WAGNER, 2003, p 233. En los sistemas de common law, la idea había sido destacada por GOBLE, *Idaho Law Review*, 1997, pp. 226-281, pp. 230 y 267; SCHWARTZ, 1996, p, 120; FLEMING, *The Canadian Bar Review*, 1953-5, p. 487. Estos autores destacan muy correctamente la conexión

tampoco en la doctrina española, sin embargo, no resulta del todo desconocida¹⁶.

Desde el punto de vista de atender a la exigencia o no del requisito de la antijuricidad del daño, también merece la pena destacar que, cuando los bienes protegidos están tipificados, es posible establecer una clara diferencia entre lo que los comparatistas llaman *zonas de solapamiento* (en la que los casos incluidos en ella cumplen a la vez los requisitos de ambas responsabilidades: hay daños a la persona o propiedades del demandante) y lo que llaman *zonas grises*¹⁷. En estas últimas, lo que ocurre es que no está claro qué régimen de responsabilidad es de aplicación. Según explica Martín-Casals, lo habitual es considerar incluidas en esas zonas grises, básicamente, la *culpa in contrahendo* y la responsabilidad profesional. Explica este autor que, en los sistemas de *common law*, también se incluye en esa zona gris el contrato gratuito de *bailment* (a grandes rasgos similar a nuestro contrato de depósito) que no puede dar lugar a responsabilidad contractual por falta de remuneración (*consideration*), lo que recuerda el debate existente en otros países acerca de la responsabilidad en el ámbito del transporte gratuito o benevolente de personas. Se trata de una distinción que sí ha sido manejada en la doctrina española por algunos autores muy influidos por la doctrina alemana y partidarios de la regla de la opción¹⁸. Sin embargo, lo cierto es que, en los sistemas de tradición francesa como es el español, esa distinción no se puede plantear en los mismos términos en que se plantea en los sistemas germánicos. De hecho, la manera habitual en España de abordar esta materia tiene que ver más bien con lo que se denominan *zonas mixtas o fronterizas*, que es una expresión poco clara como veremos más adelante.

entre la noción de daño puramente económico y la defensa de la primacía del contrato. También es interesante –y con un título muy gráfico– el trabajo más reciente de JOHNSON, *Washington & Lee Law Review*, 2009, que es, traducido al español, «La función fronteriza de la regla del daño puramente económico».

¹⁶ Menciona la idea brevemente ROCA TRIAS, 1995, p. 479. También se hace eco ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 76. En una obra de Derecho comparado, la había destacado MARTÍN-CASALS, 2019, p. 752.

¹⁷ Para la distinción mencionada en el texto, véase, MARTÍN-CASALS, 2019, pp. 716 ss.

¹⁸ El ejemplo más notorio es GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 833, quien maneja la idea, pero haciéndolo como si tuviera igual sentido en Derecho español, sin destacar su origen germánico y sin utilizar esa denominación de zonas grises y zonas de solapamiento. También es interesante consultar CAVANILLAS MÚGICA, 1995, pp. 128-129, p. 130 y p. 147. Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, 2021, p. 58.

2. LA LLAMADA ZONA DE SOLAPAMIENTO: DOS SOLUCIONES

La muy debatida y difícil cuestión de qué hacer en los casos en los que se cumplen a la vez los requisitos de la responsabilidad contractual y los de la extracontractual debe ser resuelta en cada sistema atendiendo a sus peculiaridades propias.

En el sistema alemán, como la violación de los derechos de crédito que nacen de un contrato (que son derechos relativos) no pueden dar lugar a responsabilidad extracontractual en aplicación del § 823. I BGB, sólo habrá solapamiento de responsabilidades cuando estemos en un contrato en cuya ejecución sea posible causar –resumiendo mucho– daños personales o daños a las propiedades. Tal cosa ocurrirá en servicios médicos, transporte de personas, transporte de cosas, contrato de trabajo, arrendamiento de viviendas, depósito, etc. En contratos de este tipo, que no son la mayoría ni mucho menos, es claro que se dan los requisitos de ambos tipos de responsabilidad. Por ejemplo, es claro que, si el arrendador descuida el local arrendado y –a causa de una tubería rota– el arrendatario sufre daños en las mercancías de su propiedad que tenía allí almacenadas, se darán al mismo tiempo los requisitos de ambos tipos de responsabilidad: el arrendador tiene la obligación contractual de mantener el local arrendado de manera que el arrendatario no sufra daños y, por otro lado, el arrendador está sometido, como cualquier otra persona, al deber extracontractual de no causar daños en las propiedades ajenas. En cambio, si el daño sufrido por el contratante que demanda no afectara a esos bienes tipificados (por ejemplo, el arrendatario causa daños al arrendador porque incurre en mora en el pago de las rentas), la responsabilidad extracontractual alemana no sería de aplicación.

El área de solapamiento de ambas responsabilidades que resulta admisible en Alemania es, por tanto, relativamente pequeña y, en ella, puede resultar razonable que el demandante elija qué acción prefiere ejercitar¹⁹. Eso sí, con la advertencia final que siempre añaden los autores alemanes de que el demandante no podrá eludir la norma pactada (o el derecho contractual que sea de aplicación) mediante la opción por la responsabilidad extracontractual²⁰.

¹⁹ Hay una magnífica explicación, breve y clara, en ZIMMERMANN, 1992, pp. 905-906. En la doctrina española se puede ver una aproximación a este mismo asunto en ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 58. Se puede ver una observación similar, para casos de responsabilidad médica, en DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 13.

²⁰ MAGNUS, 2019, p 193. Esta solución es escrita en España por CAVANILLAS MÚGICA, 1995, pp. 70 y 73, usando un ejemplo traído de la doctrina italiana. También se puede consultar, en el mismo sentido, a BLANCO GÓMEZ, 1996, p. 69, que sigue en esto a

De esta manera, la zona de solapamiento en Alemania se puede imaginar como la zona de intersección entre dos regímenes (el contractual y el extracontractual) que están bien delimitados internamente. Es decir, como la intersección entre dos derechos *especiales*, como bien ha observado Cavanillas Múgica²¹.

Por tanto, en Alemania sólo se solapan las responsabilidades cuando el daño culposamente causado por una parte contratante afecta a la persona o a la propiedad del otro contratante que demanda. No hay, pues, posibilidad de solapamiento en la mayoría de los casos de daños contractuales, en los que sólo se sufren daños puramente patrimoniales (el deudor no cumple, cumple tarde, entrega una prestación defectuosa, etc.).

En cambio, en un derecho de inspiración francesa como es el español, la zona de solapamiento entre ambas responsabilidades así entendida es... total: siempre –insisto, siempre– que se incumple un contrato, se reúnen también los requisitos de la responsabilidad extracontractual. Aunque este planteamiento pueda resultar hoy día contraintuitivo, lo cierto es que fue abiertamente discutido, históricamente, en la polémica que se dio en Francia a finales del s. XIX entre Sainctelette y Grandmoulin –que es muy conocida y citada en España– en la que se contraponía la regla non-cumul y la regla de la unificación de responsabilidades²². Además, la identidad de requisitos entre la responsabilidad contractual (art. 1101 CC) y la responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC) –señalada por muy distintos autores– lo pone gráficamente de manifiesto.

Esa identidad aparente de requisitos hace que –en pura teoría– se pueda decir que la responsabilidad extracontractual es aplicable en cualquier caso de daño causado por un incumplimiento imputable del contrato. También se podría decir que cualquier caso de responsabilidad extracontractual se puede encauzar por la vía de la

la doctrina francesa (Mazeaud/Tunc). En nuestro sistema, GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 840, acoge esta advertencia final, cuando defiende la regla de la opción y resume su postura diciendo que «la opción deberá ser excluida cuando las partes contratantes así lo hayan convenido expresa o tácitamente».

²¹ CAVANILLAS MÚGICA, 1995, pp. 133-134. El autor había ya advertido (p. 7) que, «el área de superposición de las dos responsabilidades depende de la extensión que se conceda a los dos conjuntos que se interseccionan». La idea general también está en BLANCO GÓMEZ, 1996, p. 75, cuando afirma que «sólo si se admite que la responsabilidad extracontractual abarca todos los daños imaginables, incluidos los debidos al incumplimiento contractual, el principio de especialidad puede servir para resolver el concurso a favor de la responsabilidad contractual, pues, en caso contrario, hay que reconocer que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual son objeto de *dos normativas igualmente especiales*» (cursivas añadidas).

²² El segundo autor era el que defendía la unificación. Véase, GRANDMOULIN, 1892. En nuestra doctrina, DÍEZ-PICAZO, 2011, p. 211, destaca esta situación, citando también la idea de Merlin acerca de la indemnización por mora en el contrato por aplicación de la responsabilidad extracontractual. También, LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 22, se hace eco de esta polémica. También un autor más antiguo, como SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972, p. 968.

responsabilidad contractual, si es que existe contrato entre las partes. Ambas afirmaciones se pueden encontrar en nuestra doctrina y/o en nuestra jurisprudencia²³.

Lo expresa con toda claridad García Valdecasas cuando dice «todo incumplimiento de una obligación contractual, en la medida en que ocasiona un daño a la otra parte contratante, implica siempre y necesariamente la infracción del deber más general de no causar daño a otro», en clara alusión al deber de *neminem laedere* que se suele colocar en el artículo 1902 CC²⁴. En la misma línea, también lo deja claro Cavanillas Múgica cuando dice que, «si (...) elimináramos del Código Civil los artículos 1101 y correlativos, me parece poco dudoso que la responsabilidad del Deudor incumplidor quedaría cubierta por el artículo 1902»²⁵.

Como se ve, el sistema español de responsabilidad extracontractual no contiene un freno claro que impida la absorción de la responsabilidad contractual por parte de la responsabilidad extracontractual. La regla non-cumul fue pensada para cerrarle el paso a este peligro. Por ello, me parece plausible suponer que el nacimiento de esa regla en la antigua doctrina francesa del s. XIX guarda también relación con el hecho de que otros instrumentos teóricos para controlar el alcance de la responsabilidad extracontractual –estoy pensando en la imputación objetiva del daño o en la relatividad de los deberes de protección– todavía no habían sido formulados²⁶.

Por otro lado, merece la pena destacar que la regla *non cumul* es la solución que se predica en los sistemas de raíz francesa con carácter general para los casos en los que se reúnen los requisitos de ambos tipos de responsabilidad. Esto nos permite apreciar que cuando, en estos sistemas, se dice que la responsabilidad extracontractual *no puede concurrir* con la responsabilidad contractual, no se está queriendo describir la realidad²⁷. Volviendo al ejemplo

²³ Para comprobar el diagnóstico jurisprudencial, véase BLANCO GÓMEZ, p. 29, citando la STS 10.01.1949.

²⁴ GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 834.

²⁵ CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 7. Cf. REGLERO CAMPOS, 2008, p. 154 y pp. 157-158.

²⁶ Muy útil, la consulta de, BORGHETTI, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 2010-I, pp. 15-22. Desde otro punto de vista, también parece destacable que el nuevo CC argentino, que unifica la regulación de la responsabilidad civil, reposa pesadamente sobre la noción de causalidad *adecuada*: la solución que sacas por la puerta (la estructura de la que deriva la regla *non cumul*, por contraposición entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual) vuelve a entrar por la ventana de la causalidad. Eso denota también, por otro lado, un exceso de confianza probablemente infundado en el carácter general del criterio de imputación de la causa adecuada. Hace ya algún tiempo, BASOZABAL, *Responsabilidad extracontractual objetiva. Parte general*, Madrid: BOE, 2015, pp. 138 ss. explica convincentemente que, en el ámbito de la responsabilidad objetiva, el criterio de imputación que predomina es el del fin de protección de la norma y que el de la causalidad adecuada es típicamente irrelevante.

²⁷ Creo que lo expresa muy bien CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 7, diciendo que «(otra) cosa es que se diga que estos daños deben seguir el régimen de la responsabilidad

anteriormente mencionado, si una cañería en mal estado causa daños por humedades en las mercancías que el arrendatario tenía guardadas en el local arrendado, es claro que esos daños pueden describirse, bien como causados por el incumplimiento por parte del arrendador de la obligación *contractual* de mantener en buen estado la cosa arrendada, bien como el daño causado a una propiedad ajena por el incumplimiento del deber de *neminem laedere*. Como se ve en este ejemplo, es evidente que también en los sistemas de tradición francesa puede haber casos de concurrencia en los que se den los requisitos de ambos tipos de responsabilidad. De hecho, ésa es la cuestión: que en esos sistemas de tradición francesa *siempre* hay posibilidad de concurrencia. Este hecho es el problema que la regla *non cumul* soluciona, de un plumazo, *prescribiendo* que la concurrencia sea denegada radicalmente, en favor de la responsabilidad contractual²⁸. Es decir, que la afirmación de la no concurrencia implícito en la regla *non cumul* tradicional (la que considera que la responsabilidad extracontractual no puede *nacer* entre quienes están unidos por un contrato, de cuyo incumplimiento se esté debatiendo) debe ser entendida como una fórmula que contiene la solución al problema que plantea la amenaza de absorción de la responsabilidad contractual por parte de una amplísima responsabilidad extracontractual. Ese carácter amplísimo de la responsabilidad extracontractual de tradición francesa es lo que ha hecho que J. Flour la califique como «una máquina para destruir el Derecho»²⁹.

III. LA SITUACIÓN DOCTRINAL EN ESPAÑA

1. DOS POSICIONES EXTREMAS

1. Ya hemos destacado en la introducción de este trabajo que, en España, el debate sobre las relaciones entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual ha sido calificado por autores muy distintos como difícil e insatisfactorio³⁰. Sin

contractual porque es el que especialmente les ha destinado el legislador, con exclusión de la normativa extracontractual. Pero con ello no se niega la concurrencia, sino que, aceptándola, se la resuelve, precisamente mediante la aplicación de una de las principales reglas empleadas en la resolución de conflictos de las normas concurrentes: el principio de especialidad».

²⁸ Con toda claridad, ZIMMERMANN, 1992, p. 906 destaca ese peligro inminente en los sistemas de tradición francesa. Esa misma idea está bien descrita en MARTÍN-CASALS, 2011, p. 13.

²⁹ Citado por REMY, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1997-II, p. 325.

³⁰ Por ejemplo, ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 51 habla de un «oscuro panorama doctrinal». Se puede ver una presentación sintética y más descriptiva de los términos en que se

embargo, creo que el debate doctrinal puede intentar aclararse hablando de la existencia en España de dos teorías extremas y de un tercer grupo de teorías intermedias que combinan de variadas maneras los elementos de las dos primeras.

Las dos teorías extremas o puras se corresponden con los dos modelos comparados que hemos descrito en los epígrafes anteriores. En efecto, un primer sector doctrinal defiende sin ambages la solución a estas cuestiones mediante la aplicación de la regla *non cumul* de la tradición francesa. A su lado y en total contraposición con la posición anterior, un segundo sector doctrinal defiende la teoría de la concurrencia y la solución de ésta mediante la regla de la opción (acompañada de la advertencia final de que, en cualquier caso, la opción desaparece cuando la responsabilidad extracontractual se quiere utilizar para circunvalar la regla contractual aplicable), que es una solución que encaja bien en la lógica de los códigos de tradición germánica. No vamos a decir aquí nada más de estas dos primeras posiciones teóricas, porque se corresponden con las posiciones ya descritas en el epígrafe anterior³¹. Sin embargo, sí merece la pena destacar, en cualquier caso, que los autores más leídos y prestigiosos de la doctrina actual defienden la regla *non cumul* (L. Díez-Picazo, F. Pantaleón, R. Bercovitz, A. Carrasco, E. Roca).

Tras lo explicado en el epígrafe anterior, el lector interesado estará probablemente preguntándose si es realmente posible defender en España la teoría de la concurrencia y la regla de la opción, teniendo en cuenta las explicaciones que hemos recogido ya en torno a los dos modelos comparados que están en total contraposición. Porque, entonces, ¿va a resultar que es realmente posible defender en España la regla de la opción como solución a las situaciones de concurrencia de responsabilidades? ¿No habíamos quedado en que ésa era una solución propia de los sistemas de tradición germánica que funcionan con cuatro requisitos en sus régimenes de responsabilidad extracontractual?

2. La respuesta es que, en efecto, en España se ha defendido esa solución de tradición germánica (García Valdecasas, Delgado Echeverría) y que tal prodigo se ha logrado con una técnica bien precisa: mediante la importación –de manera más o menos abierta o más o menos oculta– del requisito de la antijuricidad del daño.

El autor que más claro lo deja ver es Reglero Campos cuando dice que, «el hecho de que no causar un *daño injusto* constituya siem-

plantea el debate doctrinal en DEL OLMO, 2024, pp. 210-211.

³¹ Para más información sobre esas posiciones doctrinales, puedo remitir al lector interesado a DEL OLMO, *Almacén de Derecho*, 29 de abril de 2024. También, DEL OLMO, *Almacén de Derecho*, 27 de mayo de 2024.

pre una obligación de derecho natural, exigible más allá de cualquier convenio...» (cursivas añadidas)³². Como se ve, el autor importa directamente el requisito de que el daño sea *injusto* cuando está planteándose las relaciones entre ambas responsabilidades, lo que le permite luego defender la teoría de la opción sin mayor (?) problema. Es de notar que –en el Tratado sobre Responsabilidad Civil que el autor dirigía en sus primeras ediciones– tal requisito de la antijuricidad del daño no se recogía en los capítulos dedicados al daño como requisito general de la acción. También creo que es de señalar que la *importación* del requisito de la injusticia del daño se hace sin justificación especial de ningún tipo y dándolo por supuesto.

Algo parecido ocurre en García Valdecasas, que es uno de los primeros y muy influyentes autores que en la doctrina española más o menos reciente ha defendido la regla de la opción. El autor no emplea la expresión *daño injusto* ni cosa parecida, pero su manera de expresarse deja ver que ha incorporado el requisito de la antijuricidad del daño a nuestra responsabilidad extracontractual y que lo ha hecho sin dar demasiadas explicaciones. Así, García Valdecasas hablaba de «bienes jurídicamente protegidos», lo que le permite la afirmación de que «(los) campos respectivos de una y otra responsabilidad estarían *perfectamente deslindados*»³³. Esto le permite al autor entender la cuestión del solapamiento de responsabilidades, no como una cuestión de regla general y regla especial (tal como sería la relación entre ambas según solución de la regla *non-cumul*), sino como dos régimenes especiales igualmente aplicables al caso. Es lo que García Valdecasas expresa diciendo que

«(Si) alguien incurre en responsabilidad contractual sólo respondería contractualmente, pero no delictualmente, y a la inversa. Las dos responsabilidades se excluirían *mutuamente*» (cursivas añadidas)³⁴.

Esta idea de que las responsabilidades se excluyen *mutuamente* es radicalmente extraña a la lógica de nuestro sistema y se corresponde, según lo explicado, con la lógica que subyace al § 823, I BGB.

En cualquier caso, interesa destacar que la *importación* de este cuarto requisito de la responsabilidad extracontractual que consiste en afirmar la tipicidad o la antijuricidad del daño –realmente,

³² REGLERO CAMPOS, 2008, p. 157. Se puede recordar que la exigencia sí está en el artículo 2043 del CC italiano, según el cual «Cualquier hecho doloso o culposo que causa a otro un *daño injusto*, obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño» (cursivas añadidas).

³³ GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 833.

³⁴ GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 833.

inexistente en Derecho español– ha sido señalado y criticado por la doctrina más atenta³⁵.

3. Hay otras dos maneras de defender la teoría de la concurrencia y la regla de la opción en España que, en el fondo, creo que están relacionadas. Me refiero a la que defiende o apunta J. M. Miquel González de Audicana y, por otro lado, la que plantea abiertamente M. Martín-Casals. Por razones de espacio, me limito aquí a formularlas de manera muy resumida.

Explica J. M. Miquel que

«Desde el momento en que la responsabilidad extracontractual se desarrolle a través de específicos deberes de cuidado y deje en la penumbra ese genérico *alterum non laedere*, (...) también aparecerán más claras las razones de la concurrencia de ambas en la medida en que aparezca infringido un deber de no causar daños fundado en dos causas diversas pero concurrentes»³⁶.

Lo que creo que este autor señala con toda corrección es que, mediante una manera distinta de entender la responsabilidad extracontractual que se fije en esos deberes de cuidado *específicos* –o, más bien, *relativos*– se puede plantear una zona de solapamiento entre responsabilidades en la que éstas concurran en pie de igualdad, como ocurre en Alemania y como ocurre en los sistemas de *common law*, que es donde la vía sugerida por J. M. Miquel se ha explorado más³⁷. El argumento me parece mucho más prometedor, a pesar de que, en los sistemas de tradición francesa, esa *relatividad aquiliana* de la que hablaban Limpens y otros autores hace muchos años sea sólo, por el momento, una propuesta doctrinal³⁸.

Por su lado, M. Martín-Casals empieza explicando que la reticencia tradicional de la doctrina francesa a aplicar la teoría de la opción se debe al temor de que el demandante pueda evadir las

³⁵ PANTALEÓN, 1991, pp. 1977 ss. En la misma línea, ASÚA GONZÁLEZ, *Manual de Derecho civil*, II, Barcelona, 3 ed. 2000, p. 471; PARRA LUCÁN, 2020, p. 404; LUQUE JIMÉNEZ, 2008, pp. 63-65; YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 110.

³⁶ J. M. Miquel concluye así su trabajo. Se puede ver MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, núm. XIX. La idea de este autor también ha sido destacada como esencial por LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 61.

³⁷ Los sistemas de *common law* se basan –en lo que aquí importa– en la introducción en el llamado *tort of negligence* de un requisito consistente en la exigencia de un deber de cuidado (*duty of care*) que ha de pesar sobre el demandado y que es de carácter relativo (frente al carácter potencialmente ilimitado y general de nuestro deber de *neminem laedere*). Hay una explicación más extensa en DEL OLMO, ADC 2001-I, pp. 274-275 y 302-309. Para la cuestión de las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad en el *common law*, se puede ver, JOHNSON, *Washington & Lee Law Review*, 2009, p. 577.

³⁸ Es una opinión propuesta en nuestra doctrina por autores de la talla de Díez-Picazo o Pantaleón y es la que personalmente me parece preferible para limitar nuestra responsabilidad extracontractual en general y para acercarnos en esto al modelo de los PÉTL (más detalles en DEL OLMO, ADC, 2001-I, pp. 309-316). Véase, por otro lado, LIMPENS, 1965, *passim*.

limitaciones que hubiera aceptado previamente en vía contractual como, por ejemplo, sería el caso de una cláusula limitativa de la responsabilidad³⁹. Sin embargo, el autor destaca que, para evitar este resultado claramente indeseable, no es imprescindible adoptar la regla de incompatibilidad de acciones, sino que es suficiente limitar la posibilidad de elegir cuando se pueda dar una situación de este tipo. Como se ve, el autor propone utilizar la teoría de la opción tal como ha quedado descrita en un epígrafe anterior: libertad de elección entre dos acciones, unida a una advertencia final de reserva acerca de la circunvalación del contrato o de la ley. Por mi lado, pese a estar de acuerdo en la razonabilidad de los resultados que obtiene desde el punto de vista de garantizar la primacía del contrato, creo que la teoría resultante tampoco es fácil de defender en España⁴⁰.

Como se ve, estos dos profesores proponen matizar o abandonar la regla *non cumul* tradicional, pero lo hacen arrancando de un cambio profundo en la manera de entender la cláusula general de responsabilidad contenida en nuestro artículo 1902. Sin duda, esto viene a confirmar la corrección del planteamiento teórico de Zimmermann y Wagner que quedó explicado en el segundo epígrafe de este trabajo.

2. LAS POSICIONES DOCTRINALES INTERMEDIAS: LA DEFINICIÓN NEGATIVA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y EL ÁMBITO DEL CONTRATO

En el debate doctrinal español sobre las relaciones entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, la situación que nos vamos a encontrar en el terreno intermedio entre esas dos teorías

³⁹ MARTÍN-CASALS, 2011, p 13.

⁴⁰ El profesor Martín-Casals es uno de los autores de los *Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* (PETL, por sus siglas en inglés), en cuya elaboración dicho profesor jugó un papel destacado. Quizá por ello, la solución que propone está probablemente influida por las soluciones estadounidenses y por la visión de la responsabilidad adoptada en los PETL. Me refiero a los artículos 2.101 y 2.102 PETL. Según el artículo 2.101. Daño resarcible: «El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido». Véase también el artículo 2.102. Intereses protegidos: «(1) el alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza; su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obvierdad. (2) La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia. (3) Se otorga una amplia protección a los derechos reales, incluidos los que se refieren a cosas incorporales. (4) La protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado (...). Los textos en español se toman de la traducción de los PETL a cargo de la *Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado*, coordinada por Martín-Casals, Navarra, 2005. Como se ve, esta manera de plantear las cosas no es la misma que la que se emplea en nuestro artículo 1902 CC y que, en mi opinión, resulta determinante a la hora de plantear estas cuestiones.

extremas es muy confusa. Eso creo que se debe a que, en las distintas opiniones que ocupan ese terreno intermedio, se combinan elementos propios de las teorías extremas de formas muy variadas y con resultados distintos, lo que da lugar a razonamientos aparentemente contradictorios y, a veces, realmente ininteligibles. La situación es tal que no creo que sea una exageración decir que actualmente ni siquiera existe un lenguaje común en esta materia.

Aunque las posturas son muchas y heterogéneas, me voy a fijar aquí en cuatro autores cuyas exposiciones me parece que permiten entender cómo se está planteando el debate doctrinal actualmente. Lo curioso es que, tras ellas y pesar de su apariencia incompatible y contradictoria, podremos apreciar la existencia de –algo así como– un *consenso oculto* en torno al planteamiento más básico de la cuestión. Me refiero a que en todas ellas subyace otra manera menos estricta de entender las mismas ideas que, en un primer momento histórico, llevaron a afirmar la solución de la regla *non cumul*. Veámoslo con más detalle.

Esas cuatro posiciones teóricas que tomo como paradigmas de la confusa situación doctrinal que se puede encontrar en el terreno intermedio son:

La posición de Reglero Campos, quien defiende, a la vez, todas las teorías posibles. El autor defiende (a) la teoría de la concurrencia de responsabilidades y la solución de la regla de la opción; (b) la propuesta de unificación de responsabilidades y (c) esa versión modificada de la regla *non cumul* tradicional de la que ya he hablado.

La segunda posición significativa es la de M. Yzquierdo Tolsada, quien defiende lo que llama una *moderada* unificación de responsabilidades, de alcance no muy claro. A veces, parece que el autor entiende la unificación como una propuesta *de lege ferenda* favorable al establecimiento de una única regulación de ambos tipos de responsabilidad, pero otras veces parece dar un paso más y proponer algo parecido a una aplicación de la responsabilidad extracontractual por encima de la responsabilidad contractual. Sería algo así como una unificación por absorción de la solución contractual por parte de la solución extracontractual. Lo curioso del caso es que el autor, finalmente, desecha parcialmente su propio análisis y acaba defendiendo la solución tradicional de la regla non-cumul (¿o la más flexible y novedosa?), en lo que parece un giro sorprendente de guion.

En tercer lugar, merece la pena mencionar la postura formulada por Ortí Vallejo. Este autor defiende la aplicación general de la regla *non cumul* y, por otro lado, defiende también la posibilidad de concurrencia de responsabilidades y la regla de la opción en un

caso muy especial en el que centra su atención: el de las relaciones entre ambos tipos de responsabilidades en los casos de daños personales en las prestaciones de servicios.

En cuarto lugar, hay que mencionar la también más reciente postura de M. C. Luque Jiménez, quien se declara abiertamente partidaria de la regla *non cumul*.

¿Por qué incluir en este cuarto apartado a la profesora Luque Jiménez? ¿No debería estar, sin más, entre los defensores de la regla *non cumul* como teoría pura o extrema que hemos mencionado en el epígrafe anterior?

La razón de su inclusión en este cuarto lugar es hacer notar que esta autora va a afirmar la regla *non cumul* como solución para la concurrencia (que admite) entre responsabilidades. La autora afirma que,

«La responsabilidad extracontractual es residual o subsidiaria respecto a la contractual, que es norma especial, lo que conlleva la aplicación *preferente* de ésta en caso de que exista *concurso de responsabilidades*» (cursivas añadidas)⁴¹.

Como se aprecia, Luque Jiménez admite la existencia de un concurso de responsabilidades y va a defender la regla *non cumul*, no como la imposibilidad *ab initio* de que nazca la responsabilidad extracontractual (que es la versión original de la regla), sino como la manera en que se resuelve esa zona de concurrencia, otorgando prioridad automática a la solución contractual⁴².

2.1 La responsabilidad extracontractual, como la misma palabra indica

Este planteamiento de Luque Jiménez que acabamos de ver creo que permite apreciar con claridad un rasgo que, como digo, caracteriza todas las posiciones intermedias descritas. En la cita anterior de esta autora, ya se habla de que la responsabilidad extracontractual es *residual* o *subsidiaria* respecto a la contractual. Merece la pena fijarse en esta afirmación, porque se puede encontrar implícita o explícitamente afirmada también en el resto de las

⁴¹ LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 102.

⁴² En una nota anterior, ya habíamos citado a CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 7, reconociendo esta distinta versión de la regla *non cumul*. Para facilitar la lectura, vuelvo a colocar aquí el párrafo de este autor, quien explicaba que «(otra) cosa es que se diga que estos daños deben seguir el régimen de la responsabilidad contractual porque es el que especialmente les ha destinado el legislador, con exclusión de la normativa extracontractual. Pero con ello no se niega la concurrencia, sino que, aceptándola, se la resuelve, precisamente mediante la aplicación de una de las principales reglas empleadas en la resolución de conflictos de las normas concurrentes: el principio de especialidad».

posiciones que vengo llamando *intermedias*. Esa idea muy generalmente admitida queda clara cuando Luque Jiménez afirma que

«(Siempre) que no se reúnan los requisitos necesarios para que la responsabilidad sea contractual, la víctima puede situarse en el terreno de la responsabilidad extracontractual (...). De esta forma, mientras que el ámbito de la responsabilidad contractual se define por la existencia de ciertas *condiciones positivas*, el de la responsabilidad extracontractual se determina *negativamente* por la ausencia de alguna de esas condiciones, teniendo este último régimen una vocación, a la vez *general* y *residual*, para abarcar toda situación que no esté sometida al régimen de la responsabilidad extracontractual» (cursivas añadidas)⁴³.

Como se puede apreciar en la cita anterior, Luque Jiménez habla de una definición *negativa* o *residual* de la responsabilidad extracontractual que, en realidad, debería ser patente entre nosotros⁴⁴. En efecto, como la misma palabra indica, la responsabilidad extracontractual es la responsabilidad que existe *cuando no hay contrato* o, dicho en otras palabras, es la responsabilidad que existe *fuerza del contrato*. Por ello, la imposibilidad de concurrencia va de suyo en esta idea: en un mundo en el que las cosas son blancas o negras (porque así se ha estructurado el sistema), la responsabilidad no puede ser contractual y extracontractual al mismo tiempo.

En la doctrina española es habitual argumentar en defensa de esta idea –de manera casi unánime, pero creo que sin sacar todas las consecuencias de la idea– diciendo que eso deriva con claridad de los títulos que el CC emplea en materia de obligaciones. Mientras el Título II del Libro IV del CC se encabeza con la fórmula «De los contratos», el Título XVI de ese mismo Libro IV emplea «De las obligaciones que nacen sin convenio», estableciendo clara-

⁴³ LUQUE JIMÉNEZ, 2008, pp. 62-63. Por su lado, YZQUIERDO TOLSADA, 2016, tiene un párrafo con estas mismas ideas en p. 81: «La expresión «responsabilidad extracontractual» tiene carácter *negativo*, en la medida en que viene designado su objeto como algo contrapuesto al de la responsabilidad contractual. Bien se puede afirmar en este sentido que los principios de la responsabilidad aquiliana constituyen el derecho común de la teoría de la reparación de los daños civiles, siendo aplicables cuando no lo sean los que componen el régimen especial de los contratos y que conceden un medio específico para su resarcimiento: cualquier daño derivado de un hecho del hombre distinto del incumplimiento obligacional será extracontractual».

⁴⁴ La idea estaba ya en los primeros comentaristas del Código, como MANRESA, 1907, pp. 75-6, diciendo que «la culpa contractual, que se opone al cumplimiento de una obligación es más bien *negativa*, mientras que la extracontractual, que la origina, es más bien *positiva*». Como digo, la idea se puede encontrar en otros muchos y muy distintos autores: por ejemplo, GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 831, BLANCO GÓMEZ, p. 66; ARANDA, 2021, p. 351; MOLINER TAMBORERO, 2007, pp. 696 y 698. Con énfasis en Derecho comparado, PUIG BRUTAU, 1983, p. 77. Entre los autores más antiguos CLEMENTE DE DIEGO, 1927, p. 493 o MANRESA, 1907, p. 616.

mente esa contraposición⁴⁵. Igualmente se señala en la doctrina la contraposición entre el artículo 1091 y el artículo 1093, ambos contenidos entre los primeros artículos del Título I, Capítulo 1 del Libro IV del CC, lo que permite apreciar más fácilmente su valor estructural⁴⁶. Pues bien, mientras que el primero de esos artículos establece que «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos», el segundo remite la regulación de las obligaciones *que nacen sin convenio* –en lo que aquí importa– a los artículos 1902 ss. CC. Como se puede ver, entonces, esos dos preceptos citados establecen un régimen distinto para las obligaciones que nacen de cada una de las fuentes de obligaciones que cada uno menciona, como desarrollo de la enumeración de las fuentes que contiene el artículo 1089 CC⁴⁷.

2.2 El ámbito del contrato

Admitida esa característica fundamental de nuestro Derecho de obligaciones y contratos, la conclusión de que no puede haber concurrencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual parece imponerse por la fuerza de las cosas. Por ello, es fácil entender que en esta definición *negativa o residual* de la responsabilidad extracontractual también están de acuerdo los defensores de la regla *non cumul* en su versión más antigua⁴⁸. El paso adicional que proponen los autores partidarios de las teorías intermedias consiste en admitir que esa contraposición entre ambas responsabilidades implica que no puede haber concurrencia de responsabilidades... pero que tal cosa sólo ocurre en lo que se ha llamado la *estricta órbita de lo pactado*⁴⁹. De esta manera, sí se puede admitir una

⁴⁵ En el *Code Napoléon*, se contraponían «Des contrats ou des obligations conventionnelles en général» a «Des engagements qui se forment sans convention». Los primeros comentaristas de nuestro Código hacían énfasis en esa idea. Se puede ver MANRESA, 1907, p. 601. Véase también, GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 832.

⁴⁶ Lo destaca bien REGLERO CAMPOS, 2008, p. 137.

⁴⁷ La exposición es muy clara en GARCÍA VALDECASAS, *RDP* 1962-II pp. 833 y 835. También son claros A. BORRELL MACÍA, 1942, p. 50 y REGLERO CAMPOS, 2008, p. 137. La cita de Bonet que recoge SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972, p. 980, me parece muy gráfica: «las dos cualidades de partes y terceros son irreconciliables: desde el momento en que se entra en la culpa contractual, se sale de la extracontractual: un contratante no es un tercero».

⁴⁸ De hecho, todos ellos comparten esa manera negativa o residual de definir la responsabilidad extracontractual. Se puede ver, por todos, MANRESA, 1907, p. 615 (aunque cfr. p. 75) y SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972, p. 969.

⁴⁹ Curiosamente, GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 835, formulaba una idea similar diciendo que, «del planteamiento que acabamos de hacer se deduce que debe ser excluida la opción cuando el hecho que determina el incumplimiento de la obligación contractual, por sí solo, prescindiendo de esta última, nunca hubiera comportado una violación del deber general de no causar daño a otro. Sostener lo contrario, admitir que en cualquier infracción contractual el perjudicado pueda optar por la acción delictual, equivaldría a infrin-

concurrencia de responsabilidades *fueras* de lo que no es ese núcleo duro del contrato. Lo formula abiertamente Sánchez Vázquez cuando explica que

«(No es) suficiente con que haya contrato entre las partes para que la responsabilidad extracontractual sea sin más rechazada. Es preciso para ello que nos encontremos dentro de la órbita contractual, reconduciéndose entonces todo el problema a limitar la amplitud de esta órbita» (cursivas añadidas)⁵⁰.

Como se ve en la cita anterior, el (endiablado) problema va a ser, entonces, cómo definir ese núcleo del contenido contractual. Es una cuestión difícil, que se ha dicho que entraña «enormes dificultades de precisión» y sobre la que creo que se ha dicho poco abiertamente en la doctrina española⁵¹. Es cierto que, en la doctrina se alude frecuentemente en este contexto a los llamados *deberes de seguridad o protección*, deberes que amparan a la persona y bienes del otro contratante y que son el campo en el que se va a afirmar la regla de la opción o la solución de la unificación⁵². Pero a duras penas se alude al *origen únicamente convencional* de esos deberes estrictamente contractuales, que es lo que parece que subyace al empleo de esos deberes de protección (que pueden ser de origen contractual o extracontractual) como forma de definir la zona de solapamiento⁵³.

gir la ley, la cual ha querido someter la responsabilidad derivada del incumplimiento de los contratos a un régimen distinto del de la responsabilidad delictual». La idea de que tras la idea de la órbita de lo pactado estaba la intención de abrir paso a la opción la señalaba ya PANTALEÓN, *CCJC*, 1984 n. 5, p. 1654. Cf. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972, pp. 978-879.

En 1984. También lo hace REGLERO CAMPOS, 2008, p. 166.

⁵⁰ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972, p. 978; Una idea parecida, en GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 835. La idea está muy extendida en la jurisprudencia, a partir de la STS 9.03.1983. Para confirmar el diagnóstico jurisprudencial, se puede ver, LUQUE JIMÉNEZ, 2008, pp. 110-111.

⁵¹ Para la cita, YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p 105. La misma idea se puede encontrar en otros autores, más antiguos, como SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972, p. 981, y más recientes, como LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 29, quien dice que «no es difícil delimitar el contenido del contrato cuando existe una cláusula expresa y se trata de una obligación esencial. En estos casos está clara la existencia de responsabilidad contractual». Y añade (en p. 30) que «(la) dificultad radica cuando se trata de una obligación accesoria o tácita en el contrato».

⁵² Lo explica bien CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 7, diciendo que, «existirá responsabilidad contractual concurrente con la responsabilidad extracontractual cuando, respecto de los bienes o persona de la víctima, exista una obligación de custodia o cuidado a cargo de uno de los miembros de la relación obligatoria». Se puede ver también, entre otros muchos, YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 105 y ss; LUQUE JIMÉNEZ, 2008, pp. 78 ss. Una visión crítica y distinta en GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 839

⁵³ CABANILLAS SÁNCHEZ, 2008, p. 155.

3. UNA DESCRIPCIÓN BREVE DE LAS POSICIONES INTERMEDIAS

Ya he destacado la conclusión fundamental que se puede sacar de las cuatro posiciones intermedias que han quedado formuladas en el epígrafe anterior: todas ellas parten de la definición negativa o residual de la responsabilidad extracontractual que subyace en la estructura de nuestro CC y todas ellas admiten la posibilidad o conveniencia de admitir una concurrencia de responsabilidades *fuera* de la estricta órbita de lo pactado. Este epígrafe que ahora comienza es probablemente prescindible, para lo que quiero contar en este trabajo. Sin embargo, me decido a incluirlo por dos motivos. En primer lugar, para explicar, aunque sea muy brevemente, el detalle de las posiciones doctrinales de la que deriva esa conclusión que acabo de formular. En segundo lugar, porque ese recorrido me servirá también para destacar la importancia de la definición del ámbito de aplicación de las soluciones que se proponen, que es la cuestión que trataré en la última parte de este trabajo.

Para ganar en claridad, creo que merece la pena empezar presentando con un poco de más detalle la posición del profesor Reglero Campos, con la advertencia *histórica* de que la posición de este autor fue formulada después de que Yzquierdo Tolsada presentara las primeras versiones de su análisis.

3.1 Tres teorías a la vez

Para nuestros fines, la primera opinión significativa es la postura de Reglero Campos, quien aspira a ofrecer una solución general a las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad, pero centrándose en la solución de los casos concretos con relevancia práctica que va identificando en la materia. Así, Reglero va afirmar, primero, la posibilidad de una concurrencia de responsabilidades y que esa concurrencia ha de resolverse mediante la regla de la *opción*. Sin embargo, frente a la postura ortodoxa de la teoría de la opción, lo cierto es que el autor comparte algunos de los planteamientos básicos de los defensores de la *regla non cumul*, como manera de afirmar la primacía del contrato. Por ejemplo, cuando Reglero insiste en que el artículo 1093 se remite al régimen de los artículos 1902 ss. CC, lo que determina la imposibilidad de concurrencia⁵⁴. Es la idea de la *delimitación negativa* del terreno de lo extracon-

⁵⁴ REGLERO CAMPOS, 2008, p. 137. También maneja ideas próximas a la regla *non cumul* en la relación de la jurisprudencia que coloca en p. 179.

tractualmente indemnizable que hemos visto también en Yzquierdo Tolsada y Luque Jiménez. Esa coincidencia en los argumentos de los defensores de la regla *non cumul* se puede ver también cuando Reglero Campos observa que, por mucho que haya casos en los que es difícil calificar la responsabilidad como contractual o extracontractual, el órgano judicial «siempre tiene que calificarla y que si, por ejemplo, las mercancías depositadas se pierden en un incendio la responsabilidad del depositario es contractual».

Con todo, el autor –criticando desde este punto de vista, la STS 29.12.2000 (RJ 9445) relativa a un incendio con daños a cosas depositadas– señala que él defiende la regla de la opción y que esa teoría únicamente es de aplicación en lo que llama zonas *fronterizas*, sin que se deba generalizar su uso⁵⁵. Como se ve, va a resultar decisivo cómo se delimiten esas zonas *fronterizas*, lo que veremos que el autor plantea de forma no muy clara.

Reglero termina, pues, admitiendo la regla de la opción, con lo que está admitiendo con claridad la posibilidad de una concurrencia de responsabilidades. Sin embargo, como habíamos adelantado ya, lo que ocurre es que Reglero, antes de llegar a esa solución de la opción, emplea a la vez argumentos próximos a la teoría de la unificación y a la de la opción –además, combinándolos–, lo que es fuente adicional de oscuridad. Como dice un joven y prometedor colega, para muestra un botón: según Reglero,

«(Si) se parte de la base de que el objeto de la doctrina de la responsabilidad es la indemnización del daño, la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual *no está justificada*. Producido un daño, su autor debe repararlo siempre que le sea imputable, con independencia de que haya acaecido en el marco (de) una relación contractual o extracontractual» (cursivas añadidas)⁵⁶.

Esto, que mirado a cierta distancia no expresaría más que la afirmación de que la función de la responsabilidad es indemnizatoria, apunta sin embargo a afirmar la teoría de la unificación de responsabilidades que veremos en seguida que propone Yzquierdo Tolsada, con palabras muy similares a éstas.

De hecho, Reglero Campos afirma la conveniencia de proceder a *unificar* el régimen de responsabilidad, pero no en general, sino tan sólo en algunos ámbitos. Dice el autor que, para *daños corporales y morales*, sería bueno tener de un régimen jurídico único,

⁵⁵ REGLERO CAMPOS, 2008, p. 169. El autor, en p. 141, cuenta también una STS 22.07.1997 (RJ 6156) sobre un caso de abordaje y critica el uso de la idea de la *yuxtaposición* de responsabilidades para impedir esa circunvalación.

⁵⁶ REGLERO CAMPOS, 2008, p. 144.

puesto que «resulta absurdo que para pedir la indemnización por unos mismos daños sea diferente el régimen jurídico según se considere que su origen es contractual o extracontractual». En esta línea, Reglero propugna la unificación de responsabilidades que –para daños corporales– ya se ha producido en algunas leyes sectoriales (por ejemplo, en materia de consumo y en materia de circulación de vehículos a motor). En mi opinión, la propuesta tiene la virtud de que hace al operador fijarse en el ámbito de aplicación de la regla que se propone. Es una vía en la que veremos que insiste Ortí Vallejo, sobre la base del Derecho comparado.

Creo que de lo anterior se deriva con claridad que este complejo panorama teórico que presenta Reglero –defendiendo a la vez todas las teorías posibles– es reflejo del enfoque *fragmentario* que el autor adopta, atendiendo a las cuestiones prácticas planteadas dentro del campo de estudio que considera relevante⁵⁷. Sea como sea, Reglero subraya con acierto – citando a Díez-Picazo y Pantaleón– la necesidad de evitar que se pueda emplear la responsabilidad extracontractual para circunvalar el régimen pactado en el contrato, lo que es un riesgo que se puede apreciar bien desde el punto de vista de los defensores de la regla de la opción, pero que resulta prácticamente invisible para los defensores de la unificación de responsabilidades⁵⁸.

3.2. Una propuesta que lo soluciona todo junto: ¿Es posible defender la unificación de responsabilidades?

En segundo lugar, cabe mencionar la postura de M. Yzquierdo Tolsada, que es uno de los primeros autores que empezaron a plantear estas cuestiones en la doctrina actual. Para entender sus planteamientos, quizá sea buena idea empezar destacando que el autor hace hincapié en que los requisitos de la responsabilidad contractual y los de la extracontractual son los mismos (culpa/incumplimiento, daño y nexo causal, por decirlo brevemente). Con ese punto de partida, no será extraño que Yzquierdo defienda una unificación de responsabilidades, unificación que –por las características de nuestra cláusula general de responsabilidad– pone en cues-

⁵⁷ Lo manifiesta muy claramente en REGLERO CAMPOS, 2008, por ejemplo, en pp. 140-141, diciendo «se trata de un debate más teórico que práctico, pues la experiencia forense enseña que en la práctica apenas se plantean problemas de esta naturaleza». El autor insiste en p. 144 diciendo que «algunos autores no ven en la distinción más que una cuestión de índole casi exclusivamente dogmática, con un alto contenido teorizante, pero sin mayor incidencia práctica». Muy claro también, en p. 159, cuando despeja un problema diciendo que es un *falso problema* «puesto que apenas tiene incidencia práctica».

⁵⁸ Así, por ejemplo, en REGLERO CAMPOS, 2008, pp. 145 y 158.

tión la primacía del contrato. Lo curioso del caso es que tras un análisis que ha defendido básicamente esa idea de la unificación – idea que aparece siempre en su discurso en términos elogiosos– el autor termina defendiendo... la regla *non cumul* (¡?). Veámoslo un poco más despacio.

Para explicar el análisis de Yzquierdo, creo que merece la pena arrancar de su observación de que los requisitos de acción u omisión antijurídica, el daño, la relación de causalidad y que «los factores de atribución (culpa, dolo, riesgo, etc.)» propios de la responsabilidad extracontractual son los mismos que los de la responsabilidad contractual. Sigue este autor señalando que esos elementos son,

«(Elementos) comunes a ambas modalidades de responsabilidad (...): la acción u omisión de que se habla en la responsabilidad aquiliana es justo el incumplimiento del contrato en la contractual. Y el artículo 1101 habla también de causalidad, de daños y de culpa, al igual que lo hace el 1902»⁵⁹.

Esta idea básica es probablemente un punto de partida implícito en muchas otras opiniones expresadas en nuestra doctrina y una fuente de confusión importante. En efecto, en Derecho español –por la ausencia del cuarto requisito de la antijuricidad del daño– los requisitos de ambos tipos de responsabilidad son tres y son aparentemente los mismos (culpa, daño, nexo causal; cfr. arts. 1101 y 1902 CC), lo que hace que algunos autores y algunas sentencias entiendan que ambos tipos de responsabilidad son esencialmente iguales (teoría de la unificación de responsabilidad; teoría de la unidad de culpa civil) y sólo se diferencien en aspectos menores como el del plazo de prescripción o la competencia judicial⁶⁰. En la misma línea, otros autores han formulado la idea diciendo que esa coincidencia entre los requisitos de las dos acciones demuestra que ambas tienen *la misma esencia*.

Con ese punto de partida es fácil de entender que Yzquierdo proponga una *unificación* de responsabilidades. En sus primeros escritos, el autor defendía simple y llanamente una *unificación* de responsabilidades, pero posteriormente ha pasado a defender lo que llama una *moderada* unificación de responsabilidades, de alcance no muy claro. A veces, parece que el autor entiende la unificación como una propuesta de *lege ferenda* favorable al estableci-

⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, *RCDI*, 1991, p. 452.

⁶⁰ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 67-73 y p. 106. En la misma línea, LLAMAS POMBO, 2021, p. 32; LETE DEL RÍO; LETE ACHIRICA, 2005, p. 644; ROBLES LATORRE, 2022, p 27. También, REGLERO CAMPOS, 2008, pp. 137-138. Se puede ver también, BLANCO GÓMEZ, 1996, p. 48; ARCOS VIEIRA, 2021, p. 378.

miento de una única regulación de ambos tipos de responsabilidad (el autor menciona siempre elogiosamente la solución en ese sentido del nuevo CC argentino), pero otras veces parece dar un paso más y –en busca de la reparación integral del daño– proponer algo parecido a una aplicación de la responsabilidad extracontractual por encima de la responsabilidad contractual.

Desde el primer punto de vista (conviene redactar un régimen único para regular la responsabilidad civil en general), es cierto que la propuesta es conocida y que puede resultar razonable, según el ordenamiento en el que se formule. Así, en la doctrina española y comparada, es lugar común señalar que, si existen problemas con los casos en los que se reúnen simultáneamente los requisitos de ambos tipos de responsabilidad, es porque el régimen aplicable es distinto: si el régimen fuera el mismo (plazo de prescripción, indemnizabilidad del daño moral, responsabilidad por auxiliares, prueba de la culpa...), el problema desaparecería⁶¹. «Muerto el perro, se acabó la rabia» sería la manera de expresar el razonamiento con un refrán castellano clásico. Con todo, creo que no es lo mismo propugnar una unificación de responsabilidades donde están claras las diferencias esenciales entre ambos tipos de responsabilidad (sigo pensando en el cuarto requisito existente en el BGB o en la claridad básica que también existe en el *common law* a la hora de diferenciar *tort* y *contract*), que en un sistema en el que esas fronteras se fían a la contraposición estructural entre el contrato y lo no contractual que deriva de la regulación de las fuentes de la obligación⁶². Lo que puede tener sentido en ordenamientos jurídicos restrictivos por lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, es suicida en un sistema caracterizado por una responsabilidad extracontractual potencialmente ilimitada.

Desde el segundo punto de vista, conviene señalar que, otras veces, la unificación que propone Yzquierdo parece estar basada en la creencia de que hay una unidad sustancial entre ambos tipos de responsabilidad que justifica que la *reparación íntegra* del daño conforme al régimen extracontractual se superponga o absorba la reparación que sería de aplicación según las reglas de la responsabilidad contractual. Este punto de vista queda claro cuando el autor afirma que las razones que apoyan la unificación son «de orden sus-

⁶¹ ROCA TRIAS, 1995, p. 479; CAVANILLAS MÚGICA, pp. 3 y 61. Desde el punto de vista comparado, MARTÍN-CASALS, 2019, p. 714.

⁶² Es significativo que la afirmación doctrinal de que actualmente se tiende a la unificación de responsabilidades se apoya muchas veces en afirmaciones sacadas de la doctrina alemana y/o del *common law*. Por ejemplo, LUQUE JIMÉNEZ, 2008, pp. 59 y 61.

tantivo y hasta diría que de pura justicia material»⁶³. También queda claro el planteamiento en un ejemplo que propone Yzquierdo⁶⁴.

«Así, por ejemplo, si el dueño de una cuadra contrata con una persona el cuidado y alimentación de sus caballos y comprueba cómo la negligencia del contratante ocasiona la muerte de uno de ellos, es más que probable que obtuviese como indemnización poco más que su valor de mercado a juicio de peritos, si otra cosa no se hubiese pactado (...). Pero si la pérdida del animal tiene lugar como consecuencia de un atropello, no sorprendería nada que el demandante obtuviese también una indemnización por lucro cesante y quién sabe si pudiera lograr otra por daños morales». Y un poco más abajo añade: «Y entonces, muchas veces es difícil encontrar la justicia del resultado que se obtiene con bastantes de las diferencias de trato».

También desde ese segundo punto de vista, insistiendo en la *justicia material* del resultado, y para defender la unificación de responsabilidades, Yzquierdo señala que las diferencias entre ambos régimeness de responsabilidad puede que estuvieran justificados en una «economía poco desarrollada, pero que no están justificadas en la actualidad». Y añade a renglón seguido que

«(En la actualidad) la constante exposición a los riesgos de la vida diaria reclama una cada vez más vigorosa defensa *de la persona*» (cursivas añadidas)⁶⁵.

Como se ve, Yzquierdo habla como si se plantease el problema general de las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad, pero finalmente se fija en un subconjunto de problemas realmente limitado: los daños a la persona. Más abajo volveremos sobre esta idea de la falta de claridad del autor en lo que respecta al ámbito de aplicación de las reglas que propone.

Me parece claro que esta manera de ver las cosas de Yzquierdo –aunque se presente a veces, ya digo, como propuesta *de lege ferenda*– parece una invitación a que los operadores *razonen*, o que –en el caso de los jueces– *decidan*, los conflictos con ese criterio unificador que se presenta como muy deseable.

Como es lógico, esta unificación que propugna Yzquierdo conduce inexorablemente a despreocuparse de la primacía del contrato. Es bien posible que esa despreocupación –quizá inevitable en

⁶³ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 77.

⁶⁴ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 74-75. Frente a esto, me parece interesante la idea de GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 832 de que, frente a la indemnización contractual de los daños –que tiene el alcance que las partes le hayan dado– la reparación del daño extracontractual ha de ser integral porque la fuente de la obligación es el daño mismo. La cosa se resuelve, pues, en el plano de la contraposición entre las fuentes de las obligaciones.

⁶⁵ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 76.

los años en los que este autor formula inicialmente su propuesta—provenga del hecho de que la regla *non cumul* tradicional, al borrar de un plumazo toda posibilidad de concurrencia, hace invisible el riesgo de circunvalación de la responsabilidad contractual por medio del mucho más general régimen extracontractual⁶⁶.

Sea esto como sea, la despreocupación de Yzquierdo por el contrato queda patente, por ejemplo, en el siguiente párrafo, en el que —después de argumentar que la responsabilidad del depositario por los daños a la cosa depositada es únicamente contractual, dice que es muy conveniente *buscar más protección* fuera de las normas propias de la responsabilidad contractual,

«(Pues) la práctica evidencia que querer lograr el resarcimiento *integral* de los daños a través de las normas contractuales es a veces imposible.» (cursivas añadidas)⁶⁷.

Como se ve, la delimitación del riesgo cubierto por el contrato (que es lo que determina el precio y resto del régimen pactado) no se ve como lo único a lo que el demandante tiene derecho —lo único que el demandante *ha comprado*, si se me permite la expresión— sino que se ve como una limitación de su derecho extracontractual al resarcimiento integral. Con esa visión de las cosas, parece lógico esperar, entonces, que un operador razonable reaccione ante esta *injusticia*, operando una unificación consistente en permitir la aplicación de la más generosa responsabilidad extracontractual.

Con todo, y quizá por las «enormes dificultades de precisión» que Yzquierdo reconoce que plantea definir la *órbita de lo pactado*, este autor termina renunciando a la idea de la *unificación* de responsabilidades y acaba abrazando la solución clásica de la regla *non cumul*⁶⁸. En efecto, el autor termina diciendo que de *lege lata* ha de acabar tomando partido por esta regla de la no acumulación puesto que no cabe la opción (curiosamente, en este momento no menciona la unificación, que aparece —ahora sí— como mera aspiración de *lege ferenda*), sino sólo «colocar a cada régimen en el lugar que le corresponde». Añade Yzquierdo que, de esa manera,

«(El) demandante ve excluida la acción extracontractual si existía una previa relación obligatoria que le vinculaba con el demandado: la norma genérica de la responsabilidad aquiliana deja de desempeñar su función frente a la norma específica que, tutelan-

⁶⁶ No en vano, Reglero —que como defensor de la regla de la opción es plenamente consciente de ese riesgo— atribuye a F. Pantaleón haber introducido la cuestión del riesgo de circunvalación del contrato en nuestra doctrina en los primeros años 1990.

⁶⁷ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 119.

⁶⁸ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 105.

do el mismo interés, ha sido la deseada por las partes al contratar» (cursivas añadidas)⁶⁹.

Como se ve, acaba recogiendo aquí el significado clásico de la regla *non cumul* tradicional. Lo curioso es que lo hace tras un largo análisis en el que ha ido mezclando unas ideas y otras para negar la conclusión que, sin embargo, ahora termina alcanzando. De hecho, la solución *non cumul* es tan contradictoria con lo que Yzquierdo había ido contando hasta el momento que, una vez que se ha declarado ya partidario de esa regla *non cumul*, el autor parece arrepentirse de su conclusión y dice –unos párrafos más abajo a la cita anterior–, que esa teoría de la no acumulación...

«(Parece) la teoría dogmáticamente correcta, si bien muy poco aconsejable en la práctica, pues su uso puede llevar a la víctima a no encontrar *un resarcimiento tan amplio* como el que obtendría de utilizar las normas extracontractuales» (cursivas añadidas)⁷⁰.

Vuelve, pues, a establecer comparaciones generales entre ambas responsabilidades desde un punto de vista de *justicia material* como si fueran magnitudes comparables –de hecho, presentar como preferible el más amplio resarcimiento de la responsabilidad extracontractual es toda una invitación a la circunvalación del contrato– y como si pudieran coexistir en los esquemas de la regla *non cumul* tradicional que, de forma sorprendente, él mismo acababa de admitir.

Lo curioso del caso es que alcanzar la regla *non cumul* como solución final del análisis podría ser visto como una conclusión plausible, tras ver la impracticabilidad de la unificación entendida como absorción de la responsabilidad contractual por parte de la extracontractual, pero en el discurso de este autor la conclusión resulta más bien un giro inesperado de guion.

3.3 Una buena solución para un muy caso concreto

En tercer lugar, merece la pena mencionar la postura formulada años más tarde por Ortí Vallejo, quien renuncia a abordar todo el campo de estudio de las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad y se concentra en un caso muy especial: el de los casos de daños personales en las prestaciones de servicios. En ese campo de estudio, Ortí también va a defender al mismo tiempo la aplicación de la regla *non cumul* y la «acumulación» o concurrencia de res-

⁶⁹ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 124.

⁷⁰ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 127.

ponsabilidades», aunque va a solucionar esa acumulación con la regla de la *opción* (no con la *unificación* de responsabilidades que propugnaba Yzquierdo).

Con todo, me parece que la visión de este autor es más clara porque, en primer lugar, Ortí limita su afirmación de la concurrencia al mencionado sector de daños personales causados por la prestación de servicios, caso que presenta como excepcional frente al juego general de la regla *non cumul*. Se puede comprobar cuando dice que

«La primacía del contrato (...) debe ser tomada como lo que es: un criterio general que ha de imperar a modo de principio, pero no de postulado. Y, como todos los principios jurídicos, puede tener excepciones»⁷¹.

Un poco más adelante, formula la misma idea desde el punto de vista negativo diciendo que, en su opinión,

«el *cumul*, en la medida en que se pueda admitir, ha de plantearse como algo excepcional a la regla de la primacía del contrato y, en tanto que derogación de ésta, justificarlo adecuadamente.»⁷²

Como se ve, en esta manera de ver las cosas se articula de forma coherente la propuesta de una regla especial de concurrencia de responsabilidades –que se resuelve mediante la regla de la opción– en los servicios que causan daños corporales, con la solución de la no acumulación como regla general que le permite afirmar la primacía del contrato... en la órbita estricta de lo pactado.

Se puede señalar también que, quizá por su cercanía con las ideas de los defensores de la regla de la opción (recordemos que estos autores toman de la doctrina alemana una advertencia en tal sentido), Ortí es plenamente consciente del peligro de circunvalación del contrato por medio de la acción de responsabilidad extra-contractual⁷³.

3.4 Una nueva versión de la regla *non cumul*

La defensa de la regla *non cumul* como rasgo básico de la obra de Luque Jiménez queda clara ya en el prólogo que la profesora Cañizares Laso pone a la obra, diciendo que la autora,

«se muestra partidaria de la regla *non cumul* entendiéndola como única alternativa posible, lo que no significa que la responsa-

⁷¹ ORTÍ VALLEJO, 2006, pp. 57-58.

⁷² ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 59.

⁷³ ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 60.

bilidad extracontractual *no se aplique nunca entre contratantes.*» (cursivas añadidas)⁷⁴.

Como se ve, se describen ahí planteamientos que se dicen coincidentes con la regla *non cumul*, pero se anuncian también divergencias, desde el momento en que la afirmación de la regla *non cumul* se hace reconociendo una posible *concurrencia* (¿o se refiere a una *yuxtaposición*?) de responsabilidades⁷⁵. Así parece que, frente a la visión tradicional de la regla *non cumul*, se va a afirmar ahora la concurrencia y la regla *non cumul* al mismo tiempo⁷⁶. La regla *non cumul* no solucionaría, entonces, los problemas impidiendo el nacimiento de la responsabilidad extracontractual *ab initio*, sino que lo haría sólo *ex post*. Como ocurría con los tres autores anteriormente citados, también esta autora quiere romper la ecuación concurrencia/opción y la de no concurrencia/regla *non cumul*.

Las primeras palabras de la propia Luque Jiménez en la obra apuntan también a esas novedades en la manera de entender la regla *non cumul* que se podían entrever en el párrafo que acabamos de recoger del prólogo⁷⁷. Dice la autora que,

«Nuestro punto de partida es el estudio del concurso de responsabilidades contractual y extracontractual que tiene lugar cuando en el hecho causante del daño *concurren* al mismo tiempo los

⁷⁴ En p. 16 de la monografía de LUQUE JIMÉNEZ.

⁷⁵ Aunque hay autores en estas zonas intermedias que parecen utilizar indistintamente la expresión *yuxtaposición* de responsabilidades (para ilustrarla, F. Pantaleón propuso el muy claro ejemplo del arrendador que atropella accidentalmente al arrendatario: hay lesiones a este último, pero no son el resultado del incumplimiento del contrato de arrendamiento) y la de *concurrencia* de responsabilidades (por ejemplo, REGLERO CAMPOS, 2008, p. 161), las diferencias entre ellas son claras, al menos para los defensores de las teorías puras o extremas. Se puede ver una explicación más detallada en DEL OLMO, *Almacén de Derecho*, 27 de mayo 2024. Una muy correcta y concisa manera de formular la idea de *yuxtaposición* en sentido estricto se puede ver en ATIENZA NAVARRO, 2021, p. 597.

⁷⁶ Para insistir –quizá innecesariamente– en la confusión reinante en nuestra doctrina, se puede ver en LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 62 que su postura favorable a la regla *non cumul* se muestra tolerante con una solución tan contradictoria como la que se desprende de la siguiente afirmación «compartimos la opinión de (...) que la unificación podría alcanzarse sin grandes dificultades a través de la homogeneización de ciertas normas sustantivas y procesales y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de pactos lícitos que modulen la específica distribución de riesgo entre las partes contratantes».

⁷⁷ Se puede destacar que, en mi opinión, CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 61, había reconocido ya la existencia de dos versiones de la regla *non cumul*, cuando dice que esa regla «consiste en negar que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual pueden superponerse sobre un mismo hecho o bien sentar que, si se da tal superposición, la responsabilidad contractual, como más especial, debe prevalecer sobre la responsabilidad extracontractual». Sin embargo, creo que merece la pena formular la solución de la regla *non cumul* tradicional como una teoría drásticamente distinta. En la doctrina francesa, se ha explicado convincentemente que es la invención de la noción de *responsabilidad contractual* la que está en el origen de la confusión en esta materia. Véase, REMY, *RTDC*, 1997-II pp. 323 ss.

caracteres de una infracción contractual y del deber general de no causar daño a otro» (cursivas añadidas)⁷⁸.

Como se ve, la profesora Luque Jiménez admite la posibilidad de esa concurrencia de responsabilidades desde el principio, lo que sería extraño de oír en boca de un partidario de la versión tradicional de la regla *non cumul*: como acabamos de comentar, los defensores de la versión tradicional de esa regla entienden que esa concurrencia es imposible *ab initio* porque la existencia del contrato impide el nacimiento de la responsabilidad extracontractual⁷⁹. Insisto en que, con esto, la regla *non cumul* tradicional no está describiendo la realidad (es claro que, en la práctica, pueden cumplirse a la vez los requisitos de ambos tipos de responsabilidad), sino que está adoptando un punto de vista prescriptivo que se puede resumir en la idea de contractualizar las soluciones.

En la postura de esta autora, por tanto, hay una especie de recorrido de ida y vuelta, en la medida en que –alejándose de la regla *non cumul* tradicionalmente entendida– se admite la posible concurrencia de responsabilidades, pero esa concurrencia se soluciona por medio de la aplicación automática de la responsabilidad contractual; es decir, por la vuelta a la posición tradicional de la regla *non cumul*, que excluye la aplicación de la responsabilidad extracontractual entre las partes de un contrato. De alguna manera, se reformula así la regla *non cumul* tradicional para adaptarla a la visión del contrato que admite la existencia de una órbita estricta de lo pactado...

4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

En el epígrafe anterior, han quedado explicadas cuatro posiciones doctrinales que me parecen significativas en el actual panorama doctrinal español y también se ha podido ver cómo algunos de los autores formulaban reglas sin fijarse demasiado en cuál era su ámbito de aplicación, mientras que otros autores más recientes

⁷⁸ LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 21.

⁷⁹ Es gráfica la manera de expresarlo de PANTALEÓN, CCCJ, 1984-1, p. 1257 diciendo que, «los artículos 1902 ss. son *inaplicables* cuando se trata de hacer efectiva la culpa derivada de contrato» (cursivas añadidas). También se puede ver a Santos Briz, quien – hablando de la calificación como contractual o extracontractual– explica que siendo cualidades contradictorias, hay que elegir entre las dos, de forma que la responsabilidad contractual *absorbe* de pleno derecho a la extracontractual. Para esto, SANTOS BRIZ, 2001, p. 25. La idea estaba ya en SÁNCHEZ VÁZQUEZ, RDP, 1972, p. 976. Este autor afirma con rotundidad en p. 977 que, «no cabe concurso de un deber contractual y otro extracontractual entre unos mismos sujetos».

señalan adecuadamente la importancia de ese dato. Creo que, efectivamente, esta última cuestión es muy relevante y que prestarle atención permite avanzar en la claridad de los planteamientos. Conviene atender, pues, a la definición de lo que estos autores defensores de posiciones intermedias denominan *zona mixta o fronteriza* entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, lo que nos permitirá fijarnos en la estrategia que cada uno de ellos adopta para su estudio.

Para empezar, conviene dar un paso atrás y recordar el primer epígrafe de este trabajo. Ahí quedó explicado que, en la lógica de los sistemas germánicos, era fácil distinguir entre una *zona de solapamiento*, en la que se dan los requisitos de ambos tipos de responsabilidad (daño a la persona o cosas del contratante que supone, además, incumplimiento del contrato: por ejemplo, el incumplimiento por el arrendador de sus deberes contractuales de conservación de la cosa arrendada causa daños personales al arrendatario.) y una *zona gris*, en la que no estaba claro qué tipo de responsabilidad era de aplicación (básicamente, *culpa in contrahendo* y responsabilidad profesional). También habíamos dicho que, en los sistemas de tradición francesa, esa distinción no se puede plantear de igual manera porque la responsabilidad extracontractual no exige la antijuricidad del daño y, por ello, es imposible limitar la zona de solapamiento atendiendo a si ha habido o no daños a la persona o propiedades del demandante. Con todo, la regla *non cumul* tradicional elimina de raíz ese problema porque deja claro, al menos, que todos los fenómenos no contractuales quedan relegados al campo de la responsabilidad extracontractual. Eso no implica que esos fenómenos tengan un encaje claro en el sistema, pero al menos se evita la tentación de tratar de explicarlos poniendo en juego también, como una pieza más, la cuestión de las relaciones entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

En este epígrafe que ahora comienza explicaré que, al prescindir de esta visión tradicional de las cosas y admitir que la no concurrencia se limita a la *órbita de lo pactado*, las que he llamado posiciones intermedias afrontan grandes dificultades. En esta explicación, veremos también que estas cuatro posiciones intermedias esconden –otra vez y tras la caótica apariencia que pueden ofrecer a primera vista– una especie de consenso oculto acerca de lo que entienden por *zona mixta o fronteriza*. Por ello, habrá un gran acuerdo –creo que no destacado suficientemente– en torno al planteamiento de la cuestión de identificar cuál es el campo de aplicación de las reglas que proponen para solucionar las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad.

De nuevo, se puede seguir a Luque Jiménez para describir el terreno que todos estos autores de las posiciones intermedias tienen en cuenta en el campo que está fuera de la órbita de lo pactado y que presenta problemas desde el punto de vista de las relaciones entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Según explica esta autora, podemos decir que en la *zona fronteriza o mixta* que estos autores manejan se incluyen los casos siguientes⁸⁰:

- a) Atendiendo al factor tiempo, se trata de explorar qué ocurre cuando todavía no hay contrato (responsabilidad precontractual, *culpa in contrahendo*) o el contrato ha dejado ya de vincular a las partes. Yzquierdo Tolsada y Reglero Campos hablan, en este sentido, de daños *postcontractuales*.
- b) Atendiendo a las partes perjudicadas, hay que considerar qué ocurre cuando existe un contrato, pero que no vincula al demandante y demandado, sino que vincula al demandante y alguna otra persona frente a quien el demandado es un tercero.
- c) Los casos que Luque Jiménez llama de situaciones *paracontractuales* (Reglero Campos también emplea el término, aunque con distinto alcance; Yzquierdo habla de «relación jurídica precedente análoga») que son situaciones complejas en las que, sin que exista un contrato entre las partes, existe una relación previa (relaciones de comunidad de propietarios, relaciones de vecindad, de paciente en la Seguridad Social...) que no se sabe bien si debe determinar la aplicación de la responsabilidad extracontractual o de la responsabilidad contractual. Se trata de una cuestión que en la doctrina española se ha estudiado, a veces, bajo la denominación de obligaciones *legales ex art 1089 CC*⁸¹.
- d) Los casos en los que existen *deberes de seguridad o protección* de la persona y cosas del demandante, cuya relación con el contrato creo que no está clara. Esos deberes aparecen en el discurso de estos autores un poco por sorpresa y sin que, en mi opinión, queden claras las razones por las que se fijan especialmente en la protección de la persona y las cosas del demandante. En cualquier

⁸⁰ LUQUE JIMÉNEZ, 2008, pp. 69 ss. Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 81 ss. REGLERO CAMPOS, 2008, pp. 141 ss. ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 59.

⁸¹ ARCOS VIEIRA, 2021, pp. 371-406. Sobre esto, cabe señalar que, si nos tomamos en serio la idea de la remisión del artículo 1093 a los artículos 1902 ss., parece que estas situaciones se deberían someter a los artículos 1100 y ss CC (reguladores de la responsabilidad *contractual* o –como se le ha llamado para evitar la extrañeza que deriva de que en estos casos no hay contrato– responsabilidad *obligacional*), aunque es cierto que ello exigiría la existencia de un régimen obligatorio especialmente regulado por la ley y es cierto también, por otro lado, que la delimitación del riesgo contractual a cargo de cada parte –que es lo característico de la responsabilidad contractual– no tiene mucho sentido en relación con este tipo de situaciones.

caso, éste es el grupo de casos más interesante para nosotros y, por eso, lo he dejado para el último lugar.

Como se ve, los tres primeros casos en que estos autores admiten estar fuera de la (órbita de la) responsabilidad contractual y, por ello, están en principio dispuestos a admitir una concurrencia de responsabilidades, forman parte de lo que los comparatistas llaman *zonas grises de responsabilidad*. En ellos, las soluciones de *unificación* y –sobre todo– de *combinación* de soluciones pueden llegar a sonar razonables (como en la propuesta de S. Cavanillas Múgica), como pone de manifiesto la experiencia comparada sobre esas zonas grises (en sentido estricto) y como había explicado entre nosotros M. P. García Rubio⁸². Sólo el cuarto caso sería lo que los comparatistas denominan *zonas de solapamiento* de responsabilidades y es el supuesto que, como diría García Valdecasas, *a nosotros nos interesa*.

Dentro de estas posiciones intermedias, las diferencias comienzan cuando llega el momento de describir el tratamiento que cada autor propone para esos cuatro elementos incluidos en la llamada zona mixta o fronteriza. Sobre esto, cada autor tiene su propia posición. Veámoslo en los cuatro epígrafes siguientes.

4.1 La unificación como solución única

Yzquierdo Tolsada parece que intenta resolver con una sola regla todos y cada uno de los cuatro casos (que acabamos de ver) contenidos en lo que este autor llama zona *mixta o fronteriza*. El hecho de que –fuera de la zona estricta de lo pactado– todo pueda ser visto como una enorme e indiferenciada *zona gris* creo que es lo que lleva a Yzquierdo y a algunos otros autores a generalizar los argumentos aplicables a cada uno de esos cuatro casos enumerados en el epígrafe anterior como integrantes de esa zona mixta o fronteriza. Es como si entendieran que esos argumentos son aplicables a la generalidad de los casos contenidos en la (enorme) zona mixta o fronteriza, casos que han de ser resueltos con una sola regla general. Creo que es claro que así entiende las cosas Yzquierdo, como se puede ver en que –después de hablar de los casos de responsabilidad precontractual y disponiéndose a tratar los casos de daños que llama *postcontractuales*– dice que,

«La cuestión del comienzo y fin del contrato constituye uno de los aspectos más resbaladizos y que mejor aconsejan un tratamien-

⁸² CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 145 ss. GARCÍA RUBIO, 1991, *passim*. Por su lado, formula bien la idea GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 833.

to jurídico *unitario* de la *responsabilidad civil.*» (cursivas añadidas)⁸³.

Como se ve, un caso claramente incluido en las llamadas zonas grises se usa para defender la solución general de un régimen unitificado de la *responsabilidad civil* (contractual y extracontractual), que es la solución a la que el autor parece seguir aspirando en la actualidad.

Por otro lado, también se puede ver la mezcla de argumentos y de casos de la que hablo, en el uso que hace Yzquierdo de los casos de responsabilidad profesional (*zona gris*) para plantear la cuestión de la contractualidad o no de la situación en algunos casos problemáticos de *solapamiento* de responsabilidades. Así, se entremezclan en esos casos los argumentos relativos a los daños corporales –lo que sí es propiamente un supuesto de *solapamiento* de responsabilidades– con los argumentos relativos al carácter especial de la *responsabilidad profesional* médica –lo que sería una zona gris en la que las cosas no están siempre tan claras⁸⁴. Esa combinación de casos heterogéneos, además, se generaliza luego por sistema, como si fueran capaces (o hubiera necesidad) de explicarlo todo conjuntamente⁸⁵. Algo parecido ocurre cuando este autor estudia las *obligaciones accesorias de seguridad*, donde se mezclan los ejemplos del contrato de transporte o del contrato de trabajo en los que se causan daños corporales con ejemplos –de nuevo– de responsabilidad profesional⁸⁶.

4.2 Diferentes reglas, sin un ámbito de aplicación claro

Al igual que Yzquierdo, Reglero Campos delimita los casos incluidos en esa zona mixta o fronteriza de una manera confusa, sin trazar grupos de casos bien delimitados y mezclando los supuestos unos con otros. Sin embargo, en el caótico panorama resultante, su estrategia es diferente y más prometedora: Reglero no va a proponer una sola regla para solucionar todos los casos, sino que va fijar su atención en los problemas prácticos que se plantean en la zona mixta o fronteriza, proponiendo soluciones distintas para cada uno de ellos, pero despreocupándose de formulaciones teóricas⁸⁷. Es decir, adopta la estrategia justamente contraria a la aspira-

⁸³ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 91.

⁸⁴ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 106 ss.

⁸⁵ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 76-77.

⁸⁶ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 111 ss.

⁸⁷ REGLERO CAMPOS, 2008, pp. 140-141, entre otras.

ción de una regla única que resuelva todos los fenómenos existentes en esa zona mixta o fronteriza.

Sin embargo, la correcta renuncia de Reglero a buscar una solución única creo que está llamada a fracasar porque no identifica con rigor la clasificación de los grupos de casos relevantes dentro de esa zona mixta o fronteriza en la que se plantean problemas de relación entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual⁸⁸. Esa falta de rigor y claridad se puede apreciar gráficamente en el hecho de que Reglero llega a llamar «zona fronteriza» al conjunto de los cuatro casos que hemos recogido en un epígrafe anterior y, unas páginas más abajo, llama también «zona mixta o fronteriza» al último de los grupos de casos que se incluyen en la primera.

En efecto, la clasificación que establece Reglero es entre (a) «Los daños derivados de situaciones precontractuales, postcontractuales o paracontractuales»; (b) «Preexistencia de una relación jurídica entre las partes de diferente naturaleza a la contractual, pero análoga a ella»; y (c) «La llamada «zona mixta o fronteriza» entre ambos tipos de responsabilidad»⁸⁹. Como se ve, en (c) designa uno de los supuestos con el mismo término («zona mixta o fronteriza») que había empleado como título general de todo el conjunto de supuestos que estudia («supuestos fronterizos») y con el mismo título con el que Yzquierdo Tolsada designaba todo el conjunto de los cuatro casos resumidos en un epígrafe anterior.

La sensación de caos aumenta cuando dentro del grupo (c) Reglero incluye supuestos que ya estaban incluidos en el apartado (a) que acabo de recoger. Me refiero a cuando bajo el epígrafe (c) dice el autor que,

«En la práctica se han suscitado problemas de calificación respecto de ciertos daños derivados de relaciones arrendaticias, de *daños posteriores* a la resolución del contrato o de las diferentes manifestaciones de la *culpa in contrahendo*» (cursivas añadidas)⁹⁰.

Esta manera de ver las cosas de Reglero se refleja en las soluciones que propone: como quedo explicado en un epígrafe anterior, el autor emplea simultáneamente argumentos propios de la regla *non cumul*, de la regla de la opción y de la regla de la unificación. Aunque, en una primera aproximación, la apariencia de que el

⁸⁸ En ese hecho creo que es muy relevante el hecho de que el concepto de *daño puramente económico* sólo se empieza a conocer en la doctrina española a partir de los primeros años del s. XXI. Se puede ver DEL OLMO, ADC, 2001-I, MARTÍN-CASALS; RIBOT IGUALADA, 2003, GÓMEZ POMAR; RUIZ GARCÍA, 2002.

⁸⁹ REGLERO CAMPOS, 2008, p. 141.

⁹⁰ REGLERO CAMPOS, 2008, p. 155.

autor vacía el cargador disparando simultáneamente en todas las direcciones pueda resultar confusa, chocante y contradictoria, quizá sea una solución que puede resultar razonable por la manera tan amplia y vaga en que el autor ha trazado el –muy heterogéneo– campo de estudio. En efecto, la experiencia comparada demuestra que la regla de la opción puede ser razonable en la zona de solapamiento en sentido estricto, la unificación (para daños personales) o la combinación (*culpa in contrahendo*) no son un absoluto despropósito, según los casos en los que se apliquen y la regla *non cumul* –aunque sea en la versión más limitada que este autor maneja– es probablemente un complemento ineludible de todo ello en sistemas de tradición francesa como es el nuestro. Lo que ocurre es que la oscuridad del planteamiento de Reglero y el carácter *poroso* de las subclasificaciones que emplea para la delimitación de los problemas y sus respectivas soluciones creo que le impide al lector superar la apariencia de que todo es lo mismo (y muy caótico) en esa zona (¿mixta? o) fronteriza.

Sea como sea, creo que en Reglero –y quizá también en Yzquierdo Tolsada y, como veremos, Ortí Vallejo– la creencia de que la solución alemana de la regla de la opción –que es una solución sólo para la zona de solapamiento en sentido estricto– aspira a abarcar toda la zona de contacto entre el contrato y la responsabilidad extracontractual es probablemente lo que explica sus respectivas opiniones. Probablemente, digo, estos dos autores están viendo la llamada por ellos *zona fronteriza* como si fuera homologable o comparable con la *zona de solapamiento* de los autores alemanes. Ya hemos destacado que los avances en el conocimiento del Derecho comparado han permitido ir aclarando los planteamientos de estas cuestiones.

4.3 Un campo de aplicación muy estricto

Ortí Vallejo comparte la visión amplia del conjunto de casos que hay que solucionar –los ya mencionados cuatro casos incluidos en la zona mixta o fronteriza en sentido propio–, pero resuelve la sensación de caos y de falta de claridad resultante con un planteamiento hiper-concreto de la cuestión que se propone estudiar: no las zonas de solapamiento en sentido propio, sino únicamente la cuestión –indudablemente contenida en esa zona de solapamiento– de los daños personales sufridos con ocasión de la prestación de un servicio.

En efecto, Ortí señala que,

«La heterogeneidad de los supuestos en los que se plantea la *concurrencia* de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, creemos que hace muy difícil –si no imposible– acometer su problemática de una manera general (...). Sólo si se aborda la *concurrencia* de manera singular para cada uno de esos casos en los que aparece, se pueden llegar a soluciones fiables. Aquí nos proponemos focalizar el estudio de ésta, exclusivamente, en lo que concierne al tema de los servicios y, además, sólo respecto a aquellos en los que está comprometida la salud e integridad de las personas y son susceptibles de provocar daños personales, en los cuales el problema de la *concurrencia* de la responsabilidad contractual y extracontractual se plantea de manera significativa y con especial alcance» (cursivas añadidas)⁹¹.

Con esto, Ortí pasa, entonces, al extremo opuesto al de Reglero Campos –disparar contra todo, vaciando el cargador– e Yzquierdo Tolsada –aspirar a solucionar todos los casos con una única bala de plata– y aspira a solucionar sólo uno de los casos de solapamiento en sentido estricto. El carácter tan concreto de su propuesta, le permite al autor, por un lado, tener en cuenta adecuadamente la relevancia de los bienes jurídicos que están en juego y, por otro, evitar cualquier tentación de generalización: recordemos que, fuera del campo que estudia, defiende la aplicación general de la regla *non cumul*.

Desde el punto de vista de la definición del ámbito de aplicación de las reglas para solucionar las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad, creo interesante destacar que Ortí va a justificar el enfoque tan restrictivo que adopta (daños personales en servicios) fijándose, no sólo en el carácter amplísimo y heterogéneo de toda la zona mixta o fronteriza en sentido propio (nuestros cuatro casos de un epígrafe anterior), sino en el carácter amplio y heterogéneo de una zona que denomina «de solapamiento o concurrencia». Lo que ocurre, sin embargo, es que esa zona contiene casos que un comparatista incluiría en la llamada *zona gris*, con lo que volvemos a encontrarnos en una situación de confusión similar a la vista en los dos autores anteriores. Es decir, que no está claro si el autor está llamando zona «de solapamiento o concurrencia» al conjunto de todos los casos incluidos en la *zona mixta o fronteriza*, lo que haría aumentar considerablemente la posibilidad de confusión con lo que en el ámbito comparado de tradición germánica se llama *zona de solapamiento*.

Esto se puede apreciar cuando el autor enumera los casos incluidos en esa zona que llama de *solapamiento* o *concurrencia* y que incluye muchos supuestos que son propios de una zona de solapamiento en sentido estricto (accidentes laborales, transporte,

⁹¹ ORTÍ VALLEJO, 2006, pp. 49-50.

arrendamiento), al lado de la cuestión de la responsabilidad del notario por sus servicios y su responsabilidad como fedatario público (un caso claro de la zona gris, por causar únicamente daños puramente patrimoniales) y al lado de otros supuestos también muy dudosos (compra de cosa defectuosa, construcción inmobiliaria)⁹². Parece así que el autor llama zona de «solapamiento o concurrencia» a algo bien distinto (y mucho más heterogéneo) que lo que se entiende con esa expresión en Derecho comparado.

4.4 Los casos dudosos

En mi opinión, Luque Jiménez es la autora que, en estas posiciones intermedias, defiende una postura más clara. Dentro de ese campo problemático de las *zonas mixtas o fronterizas* en sentido amplio que hemos descrito anteriormente, la autora fija su atención en el cuarto grupo de casos, al que llama de «casos dudosos»: son los supuestos en los que se dan al mismo tiempo los requisitos de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual y en la que los deberes de seguridad y protección de la persona y propiedades del demandante juegan un papel destacado. Son los casos que le interesan y a los que ciñe un capítulo introductorio y general sobre las relaciones entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual que abre paso al análisis de ese grupo de casos en una obra dedicada al estudio de «*La responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual en los arrendamientos urbanos*», como indica el propio título de la obra.

Por ello, creo que Luque Jiménez no necesita mayor justificación para trazar así el campo de estudio (limitado a los daños a la persona y propiedades del demandante) que la que le brinda la jurisprudencia existente sobre los daños en arrendamientos urbanos. En efecto, esa jurisprudencia permite identificar perfectamente ese conjunto de casos relevante, desde un punto de vista que podríamos llamar empírico o, incluso, estadístico. Es decir, que esta manera de delimitar los casos relevantes para su estudio puede ser justificada por sí misma y sin poner demasiado énfasis en los deberes de seguridad o protección de la persona y cosas del demandante. Es cierto que esos deberes (que pueden integrarse en el contrato por medio del art. 1258 CC) son importantes, desde el punto de vista de la regla *non cumul*, para la solución de los problemas de concurrencia por medio de su *contractualización*, pero no son imprescindibles en este caso para definir la zona de solapamiento

⁹² ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 50.

en sentido estricto a la que Luque Jiménez dedica su trabajo sobre arrendamientos.

En cualquier caso, la autora evita de esta manera, la confusión en la que se encuentran los planteamientos *porosos* de Yzquierdo Tolsada y Reglero Campos en que, por un lado, se llama *zona mixta o fronteriza* a todo el terreno problemático entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual a la hora de estudiar sus relaciones y, por otro lado, se emplea una denominación similar para el supuesto que luego definen por alusión a los casos en que se dan a la vez los requisitos de ambas responsabilidades y por alusión a los deberes de seguridad y protección. La autora desecha también la aspiración de formular una sola regla válida para toda esa zona mixta o fronteriza y la solución de ir disparando indiscriminadamente a los problemas prácticos a medida que van surgiendo.

Por otro lado, al centrarse en estudiar la *responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual en los arrendamientos urbanos*, Luque hace un planteamiento muy concreto que recuerda al que hace Ortí y que acabamos de repasar. Sin embargo, la autora declara que «nos hemos propuesto rechazar un estudio abstracto» y se propone ofrecer una solución general para el bien delimitado grupo de lo que llama *casos dudosos*⁹³. Es decir, la autora estudia la zona de solapamiento en sentido estricto.

Como ya sabemos, Luque propone solucionar los casos incluidos en esa zona dudosa con la aplicación de la regla *non cumul*. Es decir, propone la aplicación automática de la responsabilidad contractual cuando el incumplimiento del contrato consista en la violación de deberes de seguridad y protección de los intereses del demandante que puedan ser considerados como deberes contractuales (art. 1258 CC). Se vuelve así a la lógica de la regla *non cumul* tradicional, pero jugando ya en el terreno de los que admiten que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual comparten un mismo terreno y se relacionan en términos de ley general (responsabilidad extracontractual) y ley especial (responsabilidad contractual). Admitiendo, por tanto, que ambas responsabilidades comparten ese sustrato común indemnizatorio que tan fácilmente hace deslizarse, a poco que uno se descuide, hacia el terreno de una unificación de responsabilidades que pone el contrato en riesgo de resultar absorbido por la muy amplia responsabilidad extracontractual del artículo 1902.

⁹³ LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 22.

IV. CONCLUSIONES

En este estudio, he intentado aclarar los términos en que se debate en España acerca de las relaciones entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Para ello, he arrancado de la observación de Zimmermann y Wagner de que las características básicas de cada sistema de responsabilidad extracontractual determinan la manera en que se plantean esas relaciones, lo que determina también la manera de identificar las áreas o zonas significativas para plantear el estudio (zonas de solapamiento y zonas grises, por un lado, frente a zonas mixtas o fronterizas, por otro). Esto me ha permitido identificar dos posiciones teóricas extremas o puras (la regla *non cumul* tradicional y la regla de la opción), frente a las cuales, el estudio de algunas posiciones intermedias defendidas en España creo que me ha permitido explicar más claramente el oscuro debate doctrinal existente hasta ahora. Veámoslo con mayor detalle.

Desde el indicado punto de partida, he explicado que es lógico que, en un sistema como el alemán, se admita la concurrencia entre responsabilidades y la regla de la opción, puesto que la tipicidad del daño indemnizable en el § 823, I BGB hace que las relaciones entre ambos regímenes de responsabilidad puedan ser vistas como la intersección entre dos regímenes jurídicos internamente bien definidos. En esa intersección entre esos dos conjuntos (zona de solapamiento), se contienen los casos en que uno de los contratantes ha causado al otro un daño en su persona o propiedades (por decirlo muy resumidamente), daño que, a la vez, supone un incumplimiento del contrato que vincula a las partes. En principio, si no hay daño a la persona o cosas del demandante, la responsabilidad extracontractual alemana no es de aplicación, luego no se plantea problema alguno de relación con la responsabilidad contractual⁹⁴. Las soluciones pensadas para las *zonas grises* son las encargadas de solucionar este último grupo de casos.

También desde ese punto de partida, he explicado que –en cambio– las cosas no se pueden plantear de la misma manera en los sistemas de tradición francesa, como es el español. En éstos, los requisitos de la responsabilidad contractual son aparentemente los mismos que los de la responsabilidad extracontractual (cfr. arts. 1101 y 1902 CC), con lo que no hay ningún freno *interno* en ellos que permita justificar la defensa de la regla de la opción en Derecho español. De

⁹⁴ Recordemos que el § 823, I BGB no es la única cláusula general de responsabilidad existente en ese Código (cfr. § 823, II y § 826, transcritos más arriba), lo que matiza la afirmación contenida en el texto.

hecho, algunos autores que defienden la regla de la opción en España han sido justamente acusados por la doctrina de *importar* acríticamente el requisito de la antijuricidad del daño. Por esas exigencias lógicas o sistemáticas existentes en la tradición a la que pertenecemos, es lógico que los autores más respetados (L. Díez-Picazo, F. Pantaleón, E. Roca, R. Bercovitz o A. Carrasco) defiendan en España la regla *non cumul*. Es cierto que hay autores igualmente muy respetados (J. M. Miquel o M. Martín-Casals) que llegan a sugerir o defender la concurrencia y la regla de la opción, pero lo hacen desde planteamientos que, de alguna manera, suponen también una reformulación de las bases del sistema. En cualquier caso, hay que reconocer que los defensores de la regla de la opción, al menos, han contribuido a que se difunda en España la idea – defendida lógicamente en el sistema alemán– de que la opción ha de impedirse cuando permitir optar por la responsabilidad extracontractual sirva para circunvalar la regla contractual aplicable.

Con todo, creo que la oscuridad del debate doctrinal en España se debe a la existencia de algunas posiciones intermedias en las que se mezclan, de manera heterogénea y aparentemente contradictoria, rasgos de esas dos posturas extremas o puras. Y, sin embargo, el análisis detallado de esas posturas intermedias que he propuesto aquí creo que ha logrado descubrir dos importantes consensos en los autores elegidos como paradigma de esas posturas intermedias tan aparentemente distintas y hasta contradictorias. En mi opinión, esos dos rasgos del pensamiento de estos autores intermedios son muy significativos y permiten describir de manera más clara el debate existente.

El primero de ellos consiste en el reconocimiento de una estructura básica de nuestro Código civil que, contraponiendo responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, impone la solución de la no concurrencia por razones sistemáticas. En efecto, todos los autores estudiados en este sector intermedio comparten la definición de la responsabilidad extracontractual calificada como *negativa* o *residual*: la responsabilidad extracontractual (ya digo, como la propia palabra indica) se define, por exclusión, partiendo de la definición de lo que es contractual. Ese rasgo estructural es, desde luego, compartido también por los partidarios de la regla *non cumul* tradicional, que defienden que la existencia del contrato *impide* el nacimiento de la responsabilidad extracontractual cuando exista un contrato entre demandante y demandado. Frente a eso, la novedad de los autores que defienden posiciones intermedias consiste en afirmar que la responsabilidad extracontractual no puede concurrir con la contractual ... (pero sólo) en lo que llaman la *estricta órbita de lo*

pactado. Con ello, la manera de definir ese ámbito estricto del contrato pasa a ser cuestión central, cuestión que, sin embargo, es escasamente tratada por los autores que en nuestra doctrina estudian las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad.

Según estos partidarios de las posiciones intermedias, por tanto, la imposibilidad de concurrencia no es total (como en la regla *non cumul* tradicional), sino que depende del área o ámbito contractual en los que estemos pensando. Por ello, estos autores admiten que existen contenidos contractuales ajenos a esa órbita estricta de lo pactado sobre los que sí puede darse esa concurrencia. Esos contenidos se definen normalmente por referencia a los deberes de seguridad o protección que se predicen de la persona o bienes del demandante, sin que se aclare mucho más acerca del origen de esta teoría. De esta manera, como hemos visto, se abre la posibilidad de defender a la vez la regla *non cumul* (para la órbita de lo pactado) y la regla de la opción (fuera de esa órbita), lo que parecía imposible en estrictos términos comparados. Insisto en que esta posibilidad de concurrencia planteada por las teorías intermedias me parece (por ahora) inverosímil en un ordenamiento como es el español pero, desde el punto de vista de este trabajo (que se centra en lo que podemos llamar una historia de las ideas sobre la materia), lo importante es que ha quedado aclarada esa posibilidad teórica de compatibilizar soluciones aparentemente irreconciliables.

El segundo consenso, más o menos, oculto entre los autores partidarios de estas posiciones intermedias es el de la importancia del estudio de la zona no contractual próxima al mundo de lo contractual (lo que llaman *zonas mixtas o fronterizas*). En ese terreno de las zonas mixtas o fronterizas, hemos visto que es habitual distinguir cuatro grupos de casos: en primer lugar, los casos de responsabilidad pre y post contractual; en segundo lugar, la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales (que también se ha llamado responsabilidad *paracontractual*); en tercer lugar, la responsabilidad ante terceros de quien incumple un contrato; y, en cuarto lugar, la responsabilidad de quien incumple los llamados deberes de seguridad o protección que protegen la persona o bienes del demandante.

Los partidarios de posiciones intermedias adoptan distintas estrategias ante ese grupo de casos. Identificar los casos que cada autor aspira a solucionar permite aclarar el debate. Así hemos visto que hay quien, como Reglero Campos, defiende la regla de la opción para los casos de daños a las propiedades del contratante que demanda (con la ya mencionada advertencia de evitar la circunvalación del contrato), defiende la solución de la unificación para los casos de daños personales y –esto ya no es novedad para

nosotros— admite la regla *non cumul* en la órbita estricta de lo pactado. Se trata de tres reglas contradictorias entre sí, pero que se pueden entender si se atiende a sus respectivos campos de aplicación y se respeta la definición negativa de la responsabilidad extracontractual de la que ya hemos hablado. Desaparece, así, la primera y caótica impresión que se desprende de la lectura de este autor.

Hemos visto, en segundo lugar, que hay quien parece aspirar a solucionar todos los casos fronterizos o mixtos mencionados con una propuesta —*de lege ferenda*— de unificación del régimen de responsabilidad que parece que aspira a solucionar tanto los casos de responsabilidad precontractual/postcontractual, como los de auténtica concurrencia de responsabilidades. Además, se amenaza con aplicar ese ideal de unificación generalmente y *de lege lata*, por consideraciones que Yzquierdo Tolsada llama de *justicia material*. Esas consideraciones, por otro lado, parecen bastante alejadas de la lógica contractual más básica que —dentro de los límites generales de la autonomía privada— debe prevalecer de manera general.

Por último, hay autores más recientes que, como Ortí Vallejo, aspira a solucionar únicamente uno de los casos de solapamiento de responsabilidades (daños personales en prestación de servicios) mediante la regla de la opción, regla que se presenta como excepción a la regla *non cumul* que el autor admite como solución generalmente aplicable. En estos planteamientos, el campo de aplicación de la solución que se propone está bien delimitado y es claro. También más modernamente, Luque Jiménez defiende la vigencia general de la regla *non cumul* como técnica de solución consistente en la *contractualización* del problema, a pesar de que ha admitido la concurrencia de responsabilidades fuera de la órbita estricta del contrato. Con ello, al igual que los defensores de la versión tradicional de la regla *non cumul*, la autora logra despejar tranquilamente el estudio del resto de casos que hacen ruido en esas zonas mixtas o fronterizas y que, en Derecho comparado, se consideran incluidos en las llamadas zonas grises.

No sé si esta explicación que propongo es más clara y no sé si —como me había propuesto— permite avanzar en la explicación del debate doctrinal sobre estas materias existente en el sistema español. Me temo que, hasta cierto punto, pueda ser vista como una aportación más que viene a unirse al coro de voces discordantes de los que estudiamos las relaciones entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual en España. En cualquier caso, lo que me parece central es dejar claro que, en esta materia, lo que está en juego entre nosotros es la prioridad del contrato y confío en que, al menos esto, lo haya logrado explicar con claridad.

BIBLIOGRAFÍA

- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Tratado de responsabilidad civil*, 3.^a ed. Madrid, 1993.
- ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios: *Guía de Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones y responsabilidad civil*, 2.^a ed. Navarra, 2021.
- ARCOS VIEIRA, María Luisa: «Sobre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones legales», en J. Ataz y J. A Cobacho, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, I, Navarra, 2021, pp. 371-439.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara: *Manual de Derecho civil*, II, 3 ed. Barcelona, 2000.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa, en J. R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil*, II (*Obligaciones y contratos*), 5.^a ed. Valencia, 2021.
- BASOZABAL ARRÚE, Xabier: *Responsabilidad extracontractual objetiva. Parte general*, Madrid, 2015.
- BLANCO GÓMEZ, Juan José: *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso*, Madrid, 1996.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien: «La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps», *Revue Trimestrielle de droit civil*, 2010-I, pp. 1-40.
- BORRELL MACIÁ, Antonio: *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Barcelona, 1942.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Introducción al estudio de los deberes de protección en el derecho de obligaciones», en R. de Ángel Yáñez et al. *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Santander, 2003, pp. 175-186.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Derecho sustantivo», en S. Cavanillas Múgica e I. Tapia Hernández, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1995.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 3.^º ed. Navarra, 2021.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1927.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, V, Madrid, 2011.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: 'El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual', en APDC, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Murcia, 2011, pp. 113-312.
- FLEMING, John: «Remoteness and Duty: The Control Devices in Liability for Negligence», *The Canadian Bar Review*, 1953-5, pp. 471-502.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991.
- GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, 1962-II, pp. 831-849.
- GOBLE, Dale F.: «All Along the Watch Tower: Economic Loss in Tort. The Idaho Case Law», *24 Idaho Law Review*, 1997, pp. 226-281.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y RUIZ GARCÍA, José Antonio: «La noción de daño puramente económico: Una visión crítica desde el análisis económico del derecho», *Indret*, octubre 2002.
- GRANDMOULIN, Jean: *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, Rennes, 1892.

- JOHNSON, Vincent R.: «The Boundary-Line Function of the Economic Loss Rule», 66 *Washington & Lee Law Review*, 2009, pp. 547 ss.
- LETE DEL RÍO, Javier y LETE ACHIRICA, José Manuel: *Derecho de obligaciones*, I, Pamplona, 2005.
- LIMPENS, Jean: «La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé», en *Mélanges offerts à René Savatier*, París, 1965, pp. 559 ss.
- LUQUE JIMÉNEZ, María Carmen: *Responsabilidad contractual y extracontractual en los arrendamientos urbanos*, Valencia, 2008.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: *Manual de Derecho civil*, VII. *Derecho de daños*, Madrid, 2021.
- MAGNUS, Ulrich: «The Borderlines of Tort Law in Germany», en M. Martín-Casals (ed), *The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*, Cambridge, 2019, pp. 171-211.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentario al Código Civil español*, XII, 2.^a ed., Madrid, 1907.
- MARTÍN-CASALS, Miquel: «La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Murcia, 2011, pp. 11-112.
- «Comparative Report», en M. Martín-Casals (ed), *The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*, Cambridge: Interscience, 2019, p. 752.
- MARTÍN-CASALS, Miquel y RUDA GONZÁLEZ, Albert: «The Borderlines of Tort Law in Spain», en M. Martín-Casals (ed.), *The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*, Cambridge: 2019, pp. 507-567.
- MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi: «Pure Economic Loss. La indemnización de los daños patrimoniales puros», en S. Cámara Lapuente (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, pp. 883-920.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, José María: «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias», *Cuadernos de Derecho Judicial* 1993, núm. XIX (citado de un DVD).
- MOLINER TAMBORERO, Gonzalo: «La responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo», en J. A. Moreno Martínez (coord.), *Responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, 2007, pp. 689-716.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio: «La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios», en A. Ortí Vallejo y M. C. García Garnica (eds.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Navarra, 2006.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual: una propuesta teórica», en M. Herrador Guardia, *Derecho de daños*, Madrid, 2024, pp. 187-227.
- «Comentarios a los artículos 1902-1910», en Aña Cañizares Laso (dir.), *Comentario al Código Civil*, Valencia, 2023, pp. 8437-8523.
- «¿Tres o cuatro requisitos de la responsabilidad extracontractual?», *Almacén de Derecho* 29 de abril 2024 (en línea). Disponible en <https://almacendederecho.org/tres-o-cuatro-requisitos-de-la-responsabilidad-extracontractual> (consultado el 31.10.2024).
- «Concurrencia yuxtaposición de responsabilidades: dos posiciones extremas», *Almacén de Derecho* 27 de mayo 2024 (en línea). Disponible en <https://almacendederecho.org/concurrencia-y-yuxtaposicion-de-responsabilidades-dos-posiciones-extremas#comments> (consultado el 31.10.2024).
- «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas», *Anuario de Derecho Civil*, 2001-I, pp. 257-368.

- PARRA LUCÁN: «LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL», en C. Martínez de Aguirre, *Curso de Derecho civil, 2, Derecho de obligaciones*, Vol. 2, 2016 (Contratos y responsabilidad civil), Madrid, 2020, pp. 401-407.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: 'Comentario del artículo 1902', en C. Paz-Ares et. al., *Comentario del Código Civil*, II, Madrid: Civitas, 1991.
- «Comentario a la STS 26 de enero de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, n. 4, pp. 1257 ss.
 - «Comentario a la STS 10 de mayo de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, n. 5, pp. 1645 ss.
- PANTALEÓN PRIETO; DEL OLMO GARCÍA, en M. Bussani y V. V. Palmer (eds): *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge, 2003.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Comentario al artículo 1902», en R. BERCOVITZ (dir.), *Comentarios al Código Civil*, IX, Valencia, 2013, pp. 12964.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, II-2, Barcelona: Bosch, 1983.
- REMY, Philipe: 'La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept', *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1997-II, pp. 323 ss.
- REGLERO CAMPOS, Fernando: «Conceptos generales y elementos de delimitación», en F. Reglero Campos (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, I, 4.^a ed. Navarra, 2008, pp. 136-222.
- ROBLES LATORRE, Pedro: «Projets de réforme sur la responsabilité: une opportunité vers l'unification des responsabilités», in R. CABRILLAC, *La réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle, Journées binationales de l'Association Henri Capitant*, Montpellier, 2022.
- ROCA TRIAS, Encarnación: «La responsabilidad extracontractual», en M. R. Valpuesta, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2 ed. Valencia, 1995.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Juan: «La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana», *Revista de Derecho Privado*, 1972, pp. 965-986.
- SANTOS BRIZ, Jaime: *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Madrid, 2001,
- SCHWARTZ, Gary: «The Economic Loss Doctrine in American Tort Law», in E. Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, (The Hague/London/Boston, 1996), pp. 103-130.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual», en M. Clemente Meoro y M. E. Cobas Cobiella (dir.), *Derecho de daños*, I, Valencia, 2021.
- WAGNER, Gerhard: «Grundstrukturen», in R. Zimmermann (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden, 2003, pp. 233 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual en el sistema español», en R. Pirozzi & M. Yzquierdo Tolsada: *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual en los sistemas español e italiano*, Madrid, 2016.
- «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, 1991, p. 443-490.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civil Tradition*, Boston, 1992.

El Derecho extranjero en el laberinto procesal civil: medios de fijación y posibilidades si estos fracasan (interés público o privado del litigio como criterio de decisión)

BRIAN BUCHHALTER MONTERO

PDI en formación (FPU)

Área de Derecho procesal

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El Derecho extranjero no deja de ser Derecho por recibir, en el proceso civil español, un tratamiento similar al de los hechos. Puede ser acreditado por todas las maneras admisibles en Derecho (aunque unas son a priori más adecuadas que otros). Por otro lado, el Juez puede fundar su resolución en el conocimiento privado que tenga del Derecho extranjero, siempre que lo ponga tempestivamente de relieve a las partes, de modo que la resolución no sea sorpresiva. Las diligencias finales no son medio idóneo para acreditar el Derecho extranjero que debió haber sido normalmente fijado en momentos anteriores del proceso. Por otro lado, cuando las partes fracasan en la acreditación del Derecho extranjero, hay tres esenciales posibilidades: investigar de oficio y aplicar el Derecho extranjero; aplicar la lex fori; y desestimar la demanda. Para determinar qué solución es preferible en el caso concreto es necesario distinguir: si en el asunto se ventila un interés público, entonces deberá investigarse de oficio el Derecho extranjero con todos los esfuerzos posibles y, si consigue el Tribunal conocerlo suficientemente (o presumirlo con un razonable grado de acierto), aplicarlo. Si fracasa en esa tarea, debe aplicar la lex fori. Si, por el contrario, el asunto es meramente privado y las partes fracasan (voluntariamente o no), entonces deben aplicarse las normas sobre la carga de la prueba y hacer real la distribución del riesgo de no acreditar lo que había que acreditar.

PALABRAS CLAVE

Acreditación del Derecho extranjero, proceso civil, Derecho internacional Privado, cooperación jurídica internacional en materia civil, prueba.

Foreign law in the civil procedural labyrinth: means of fixation and possibilities if they fail (public or private interest of the dispute as a criterion for decision)

ABSTRACT

Foreign law does not cease to be law because it receives, in Spanish civil proceedings, a treatment similar to that of the facts. It can be accredited by all admissible means of evidence. On the other hand, the judge may base his decision on the private knowledge that he has of foreign law, if he makes this clear to the parties in a timely manner, so that the decision does not come as a surprise. The «diligencias preliminares» (proof after the hearing) are not a suitable means of establishing foreign law, which should have been established earlier in the proceedings. On the other hand, when the parties fail to establish the foreign law, there are three main possibilities: to investigate ex officio and apply the foreign law; to apply the lex fori; and to dismiss the claim. In order to determine which solution is preferable in the specific case, a distinction must be made: if a public interest is at stake in the case, then the foreign law must be investigated ex officio and, if the court is able to ascertain it sufficiently (or presume it with a reasonable degree of accuracy), it must apply it. If it fails in that task, it must apply the lex fori. If, on the other hand, the matter is purely private (and the parties voluntarily or not failed in their task), then the rules on the burden of proof must be applied and the risk of not proving what had to be proved must be effectively shared.

KEY WORDS

Proof of foreign law, civil procedure, international private law, international legal cooperation in civil matters, evidence.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Cuestión previa: el Derecho extranjero es tratado similarmente al hecho (pero no un hecho).* 1. Insuficiencia del argumento soberanista. 2. La paradoja de la subsunción de *hechos* en *hechos*. 3. Sistemática del artículo 281 LEC. 4. Irrelevancia, a estos efectos, de la Exposición de Motivos de la LJCI. 5. Recapitulación y consecuencias.–III. *Modos generales de fijación del Derecho extranjero al margen de la investigación de oficio.* 1. Algunas consideraciones sobre particulares medios de prueba. 1.1 Documentos privados. 1.2 Documentos públicos y oficiales. 1.3 Informe pericial. 1.4 Testigos. 1.5 Reconocimiento judicial. 2. Medios de fijación distintos a la práctica de prueba. 2.1 Admisión. 2.2 Notoriedad. 2.3 Presunciones.–IV. *Dos cuestiones procesales más.* 1. El conocimiento privado del Juez: sí, pero con cautela. 1.1 Garantía del derecho a la disposición de la relación jurídica. 1.2 Sobre todo: economía procesal. 2. Diligencias finales, en principio, no.–V. *Cuando lo anterior fracasa hay que distinguir posibilidades y supuestos.* 1. Tres posibilidades. 1.1 Investigación

de oficio y aplicación del Derecho extranjero. 1.2 Aplicación del Derecho español. 1.3 Desestimación de la pretensión. 2. Dos supuestos. 2.1 Objetos de interés público: primero Derecho extranjero y, si no, *lex fori*. 2.2 Objetos meramente privados: desestimación de la pretensión. a) Decisión conforme a las normas de la carga de la prueba. b) Los inconvenientes de buscar un Derecho *pariente*.—VI. *A modo de conclusión.—Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 13 del CC argentino de 29 de septiembre de 1869, obra de VÉLEZ SARSFIELD, establecía lo siguiente:

«La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de Ley especial.»

A esa breve norma agregaba el mismo VÉLEZ SARSFIELD una de sus famosas notas: «La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La Ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba»¹. Si ese fuera el régimen español, algunas dificultades prácticas se restringirían enormemente: si las partes no lo solicitan –y lo prueban– no hay Derecho extranjero que aplicar, salvo que explícitamente lo ordene algún precepto. Esa solución, sin embargo, aunque sencilla y eficaz en el ahorro de recursos, no es suficiente para hacer justicia al adjetivo *social* que acompaña hoy al sustantivo Estado (art. 1.1 CE). La postura de VÉLEZ SARSFIELD se entiende en el liberalismo argentino del siglo XIX, pero es ya débil para hacer real la tutela judicial de quienes confían al Estado la resolución de litigios que exceden del *interés privado* en que parecía pensar ese viejo CC². En las siguientes líneas me propongo examinar, entonces, algunas cuestiones difíciles que suscita aún el clásico tema de la alegación y prueba (o fijación) del Derecho extranjero en la España del Estado social³. No pretendo tratar en detalle lo que ya se ha dicho sobre la *actividad probatoria* que recae sobre el Derecho extranjero, sino sobre todo (re)abrir el debate a otros medios de fijación de su contenido y vigencia. Me

¹ Edición de ESTIVILL, 1975, p. 12.

² Cfr. WEGHER OSCI, *AMDI*, 2018, pp. 483 ss.; y ESPLUGUES MOTA, *RBD*, 2021, pp. 37 ss.

³ Una evolución histórica de la materia hay en: MIRALLES SANGRO, 2007, pp. 21 ss.

refiero a la admisión, a la notoriedad y a las presunciones. Luego, examino qué rol cumplen en la fijación del Derecho extranjero dos instituciones a las que se ha prestado monográficamente algo menos de atención: el conocimiento privado del Juez y la posibilidad de servirse o no de las diligencias finales (arts. 435 y 436 LEC). Por último, abordo qué soluciones hay (y cuándo son procedentes) para resolver los supuestos en que las partes fracasan, voluntaria o involuntariamente, en la acreditación del Derecho extranjero. En estos casos, creo necesario distinguir si en el pleito hay o no interés público. De eso dependerá si la solución es investigar de oficio con todos los esfuerzos disponibles y aplicar el Derecho extranjero, aplicar la *lex fori* si eso fracasa o, simplemente, desestimar la pretensión conforme a las reglas de la carga de la prueba. Y, desde luego, que la Disposición Derogatoria Única de la LEC (ap. 2.2.^º) haya suprimido el párrafo II del artículo 12.6 CC⁴ no significa que la LEC haya pretendido hacer desaparecer la carga de la prueba en esta materia⁵. Lo único que significa es que el legislador de 2000 vació, en lo posible, el CC de normas procesales, que pasan con mayor o menor coincidencia a la LEC, pero cuyo espíritu sigue siendo el mismo. Alguna jurisprudencia (constitucional⁶ y ordinaria⁷) lo sigue entendiendo acertadamente así⁸.

II. CUESTIÓN PREVIA: EL DERECHO EXTRANJERO ES TRATADO SIMILARMENTE AL HECHO (PERO NO UN HECHO)

Antes de abordar lo anterior hay que tratar de aclarar, sin embargo, la naturaleza del Derecho extranjero en el proceso civil (si hecho o Derecho). De eso depende la legitimidad que una interpretación u otra puede buscar en las normas sobre hechos o sobre Derecho. Respecto de esta cuestión clásica las posturas son variadas y no se trata ahora de repetirlas. A eso hay que añadir

⁴ «La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas». Sobre la formación de este precepto, *cfr.* MIRALLES SANGRO, 2007, pp. 173 ss.

⁵ En contra: MORÓN PALOMINO, *AFD*, 2001, p. 391; PICÓ I JUNOY, *Justicia*, 2011, p. 70; o ESPUGUES MOTA Y PALAO MORENO, 2023, p. 280.

⁶ STC 155/2001, de 2 de julio, FJ 4.

⁷ ATSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal) 11/2016, de 9 de septiembre, FJ 5; o AJPI Fuengirola (2) s/n. de 3 de diciembre de 2021, FJ 2.

⁸ Algunos autores mantienen, sin embargo, que la LEC «deja de imponer la carga de probar vigencia y contenido a la parte interesada» (ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 40; *cfr.* también pp. 61 ss.).

que el hecho y el Derecho no se dejan distinguir siempre con claridad⁹. Cada país asume, además, una u otra sin que los argumentos sean concluyentes para el modelo español¹⁰. En esencia hay tres opciones: entender que el Derecho extranjero *es* un hecho; que es Derecho (aunque *se trata como un hecho*); o que es, simplemente, un *tertium genus*¹¹. Lo más coherente con el modelo español es lo segundo, es decir, entender que el Derecho extranjero no pierde su esencia de norma jurídica, con la peculiaridad de que debe ser tratado *a algunos efectos* como un hecho¹². Es decir: «(I)a ley extranjera sigue siendo derecho, pero también sigue siendo extranjera»¹³. De ahí se sigue que tanto las normas de la LEC sobre *hechos* como las normas sobre *Derecho* pueden regir con igualdad, lo que no exime el deber de fundamentar suficientemente la elección concreta. Por tanto, una misma circunstancia (en este caso, la norma extranjera) no se puede categorizar como hecho o como Derecho según su esencia, sino solo según su finalidad procesal¹⁴. Finalidad que no es abstracta, sino viva y concreta. Que hoy sea dominante entender el Derecho extranjero en España como Derecho y no como hecho, no exime de sistematizar y examinar los argumentos principales, que quedan a veces meramente presupuestados.

1. INSUFICIENCIA DEL ARGUMENTO SOBERANISTA

No es convincente la tesis («creencia feudal»¹⁵, se decía ya a finales del siglo XIX), que considera el Derecho extranjero como hecho sobre la base de que el Estado, si aplicara una norma extranjera en cuanto tal, cedería intolerablemente su soberanía. Eso justificaría que el Derecho extranjero no fuera Derecho, sino solo hecho¹⁶. Esta postura, también defendida respecto de la aplicación

⁹ SAUER, 1951, p. 267.

¹⁰ Las discusiones doctrinales están, efectivamente, condicionadas por las premisas legislativas y jurisprudenciales de cada país, como se hace notar en: RAMOS MÉNDEZ, *RJC*, 1980, 100. De ahí se sigue que toda comparación en esta materia debe ser cautelosa.

¹¹ Cf. autores, países y posiciones en: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, pp. 43 ss.; o, más recientemente, en BENEYTO, 2019, p. 168; o ESPLUGUES MOTA, *RBD*, 2021, pp. 20 ss.

¹² Para Alemania: DÖLLE, *GRU*, 1957, p. 57; o BROGGINI, *ACP*, 1956, p. 475. Cf., más reciente, JUNKER, 2021, p. 179.

¹³ HERRERO RUBIO, *ADI*, 1977 - 1978, p. 141. En sentido similar y un poco antes, CARRILLO SALCEDO, 1971, p. 254: «[...] la norma extranjera declarada aplicable conserva su primitiva condición jurídica sin transformarse en un hecho», de lo que no se sigue que deba ser tratado procesalmente y sin distinción ni como los hechos ni tampoco como el Derecho.

¹⁴ SAUER, 1929, p. 66.

¹⁵ PRIDA, 1896, p. 211.

¹⁶ Cf. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 28.

del Derecho penal extranjero por Tribunales nacionales (figura que conocieron y conocen varios CP europeos)¹⁷, no puede prosperar: el Estado que aplica una norma extranjera no renuncia a su soberanía, ni tampoco estima que aquella norma foránea *sea mejor que la suya*, sino, simplemente, traslada al caso concreto una norma aplicable (al margen de su procedencia)¹⁸. Solo hay lesión de la soberanía (o incluso de la propia dignidad del Estado) cuando la norma extranjera hipotéticamente a aplicar es contraria al orden público nacional¹⁹. Eso, como se sabe, no es posible²⁰. Y, en todo caso, el Derecho extranjero se aplica en España (por ejemplo) en cumplimiento de una norma española (legal o convencional) y no porque lo imponga con *imperium* y en pretendida lesión de la soberanía nacional una potencia extranjera. Por otra parte, llevado aquel argumento *ad absurdum* podría mantenerse que, cuando el Estado aplica una norma consuetudinaria, renuncia a su soberanía como órgano creador del Derecho en favor del poder social del que nace la costumbre. En realidad, lo único que el Estado hace es poner voluntariamente su aparato de coacción al servicio de normas no producidas por él mismo.

2. LA PARADOJA DE LA SUBSUNCIÓN DE *HECHOS EN HECHOS*

De otra parte, asumir que el Derecho extranjero *es* un hecho, supondría admitir correlativamente que la subsunción que toda norma jurídica reclama para ser aplicada, muta (¡o renuncia a!) su naturaleza. Es decir: los hechos que forman parte de un supuesto (de hecho) deberían subsumirse en otros hechos (el Derecho extranjero)²¹. De llevar hasta sus últimas consecuencias esa postura, habría que admitir quebrado el sistema de Derecho, pues ya no se subsumen hechos en Derecho, sino hechos en hechos.

¹⁷ Por ejemplo, el § 4.III.1 del CP del imperio alemán (1871); o, a su manera, el artículo 17 del CP 1928 que preveía la *obligación* del Tribunal español de tener en cuenta, cuando se tratara de delitos cometidos por españoles en el extranjero, la benignidad (en su caso) de la Ley penal extranjera.

¹⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 28.

¹⁹ «Nunca puede aplicarse en un país, pues sería desconocer su soberanía, una disposición extranjera contraria al orden público o a los principios fundamentales de sus leyes» (TORRES CAMPOS, 1883, p. 204).

²⁰ *Cfr.*, sobre materias conexas, artículos 14.1.a), 46.1.a) o 46.2 LCJI, entre otros; o artículos 21 del Reglamento Roma I o 26 del Reglamento Roma II.

²¹ DÖLLE, *GRU*, 1957, p. 57

3. SISTEMÁTICA DEL ARTÍCULO 281 LEC

Por otro lado, a admitir el carácter jurídico del Derecho extranjero conduce una interpretación sistemática del artículo 281 LEC: el precepto regula el Derecho extranjero junto con la costumbre (de indudable carácter jurídico). Si aquel fuera concebido como una cuestión puramente fáctica hubiera debido aparecer en el ap. 1 y no en el 2 del artículo 281 LEC²². Y aunque tampoco hay que exagerar la pretensión de sistema del *legislador*, no puede soslayarse que la sistemática de la LEC apunta en esa dirección.

4. IRRELEVANCIA, A ESTOS EFECTOS, DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LJCI

Más allá de eso, lo que no es convincente, para sustentar el carácter más jurídico que fáctico del Derecho extranjero, es este pasaje de la LCJI que ha sido aducido en algún momento²³. Dice así:

«Se ha buscado de este modo incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios» (ap. V).

Lo que es mixto no es la naturaleza de lo que quiere acreditarse (el Derecho extranjero)²⁴, sino el sistema que la LCJI propone para su acceso al proceso²⁵. Es decir, la LCJI combina en este punto la aportación de parte con la investigación de oficio, pero no por eso muta la naturaleza de lo que pretende acreditarse (como mantiene el TC)²⁶. De tal manera, esa equivalencia (investigación de oficio = Derecho; y aportación de parte = hecho) es equívoca. Hay (pocos) supuestos de investigación de oficio de hechos en el proceso civil

²² CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, pp. 31 ss.; o CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 6.

²³ Así: YBARRA BORES, *CDT*, 2022, p. 532.

²⁴ Y, de hecho, así lo ha entendido con acierto el Dictamen del Consejo de Estado, de 26 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, Consideración 5.^a, ap. R): «[...] se considera adecuada la contención de la Ley al evitar referirse a la debatida cuestión de la consideración del Derecho extranjero como hecho o como derecho por los Tribunales españoles».

²⁵ Lo mismo sucede en otros países que adoptan este sistema mixto, aunque con distinta intensidad. Cf: CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, pp. 138 y 139.

²⁶ STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 4, para la que el CC convierte al Derecho extranjero en un «peculiar «hecho»».

dispositivo (*cfr.* arts. 282 fr. 2 y 373.1 LEC) y, viceversa, (pocos) supuestos de aportación de parte de Derecho (la costumbre: art. 281.2 fr. 1 LEC). Entonces: que un sistema procesal haga prevalecer en determinado momento la investigación de oficio sobre la aportación de parte no conduce, necesariamente, a admitir que el objeto de esa investigación sea un *hecho*.

5. RECAPITULACIÓN Y CONSECUENCIAS

El Derecho extranjero es, simplemente, un conjunto de normas que por lo complejo (a veces) de su acceso e intelección se somete en parte al régimen de fijación de los hechos, pero no se corresponde ontológicamente con ellos²⁷. Eso explica que un recurso de casación pueda fundarse en infracción de norma extranjera²⁸. Ahora bien, su condición de Derecho a tratar como hecho no supone –como mantiene el TS– que el Tribunal *a quo* no esté «constreñido, como en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación [...]»²⁹. El Tribunal *a quo* no está constreñido cuando el objeto del litigio y el proceso mismo no están a disposición de las partes, pero sí lo está cuando el litigio es puramente privado. El espíritu privado del proceso civil (dispositivo) quedaría ignorado si el Tribunal se sintiera habilitado, cuando no hay interés público que lo justifique, para aplicar normas jurídicas distintas de las que las partes le han presentado razonablemente y de buena fe y que, por tanto, quieren que rijan su controversia. Con razón se conoce al principio dispositivo (y a su manifestación en la aportación de parte) como «cara procesal de la autonomía de la voluntad»³⁰. Y aunque, evidentemente, el Tribunal no está vinculado por las alegaciones jurídicas de las partes (art. 218.I LEC), nada justifica que lo traído al proceso (dispositivo) y de buena fe por las pueda ser ignorado por el Tribunal. No se trata de hacer prevalecer ciegamente la forma, sino de hacer real la idea misma y el espíritu que justifica el proceso. Es decir, que las partes solucio-

²⁷ El tratamiento del Derecho extranjero no es, por tanto, el *mismo* que el de los hechos, como se mantiene en ESPUGUÉS MOTA Y PALAO MORENO, 2023, p. 280.

²⁸ *Cfr.* GONZÁLEZ GRANDA, *Justicia*, 2021, pp. 19 ss.

²⁹ STS (Sala I) 198/2015, de 20 de mayo, FJ 2.2; y STS (Sala I) 544/2021, de 20 de julio, FJ 2.2. Lo mismo se repite en los TSJ (por todos: ATSJ Madrid [Sala de lo Civil y Penal] 11/2016, de 28 de septiembre, FJ 5), en las AP (por todas: SAP Coruña [Sec. 3.^a] 257/2023, de 23 de junio, FJ 2) y en los JMerc (por todas: SJMerc Tarragona [1] 67/2022, de 22 de marzo, FJ 2). Respecto de la STS (Sala I) 544/2021, de 20 de julio, *cfr.* ALOMAR MARTÍN, *CDT*, 2022, pp. 560 ss.

³⁰ SILBERZAHN, 2021, p. 98.

nen la controversia (privada) de la manera, de entre las que admite el Derecho, más razonable posible y más cercana a su voluntad real: «el Derecho procesal no puede quedar de espaldas al Derecho material»³¹.

III. MODOS GENERALES DE FIJACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO AL MARGEN DE LA INVESTIGACIÓN DE OFICIO

Claro que el Derecho extranjero es Derecho genuinamente, hay que abordar qué mecanismos existen para su acreditación (al margen de la investigación de oficio: art. 281.2 fr. 2 LEC). Eso reclama abordar, primero, algunas cuestiones que se plantean sobre los medios de prueba y, después, otras formas de acreditación a los que se suele prestar menos atención:

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE PARTICULARES MEDIOS DE PRUEBA

Se ha discutido ya sobre lo idóneo de diversos medios de prueba para acreditar el Derecho y se ha prestado, especialmente, atención a los medios *clásicos* de prueba del Derecho extranjero (documental y pericial)³². No tanto a la testifical:

1.1 Documentos privados

La idoneidad de los documentos privados –fotocopias, por ejemplo– para acreditar el Derecho extranjero ha sido, normalmente, puesta en cuestión³³. Ahora bien, si los documentos privados no están impugnados y no hay interés público que justifique la investigación de oficio, nada puede restarles el valor probatorio que prevé el artículo 326.1 LEC³⁴. Esto no significa que la interpretación del Derecho que pueda aparecer en ese documento sea vinculante para el Tribunal, sino que el Derecho que las partes presentan como cierto es el que el Tribunal debe asumir (salvo, repito, que el asunto sea de interés público). Y sustentado en esas normas que las

³¹ SAUER, 1951, p. 258.

³² Cf., aún de interés: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, 1989, *RGD*, pp. 6285 ss.

³³ YBARRA BORES, *CDT*, 2022, p. 531.

³⁴ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 75, nota 151.

partes le aportan, debe el Tribunal aplicarlas e interpretarlas como estime procedente.

1.2 Documentos públicos y oficiales

Lo mismo puede decirse sobre los documentos públicos con los que se pretende hacer prueba del Derecho extranjero aplicable (art. 319.1 LEC): que se deba tener por cierto el contenido del documento (lo que no admite toda la doctrina)³⁵ no significa que el Juez decida en favor de la parte que lo introduce en el proceso. Lo mismo vale para los documentos oficiales (art. 319.2 LEC). Es decir, lo que el Tribunal debe tomar como cierto es el *hecho* mismo de que tales normas existen, pero no la interpretación que pueda aportarse coyunturalmente para el caso concreto.

1.3 Informe pericial

En ese contexto se ha debatido, también, sobre el valor probatorio del llamado *informe de parte* (un dictamen pericial redactado por expertos legales que toman partido, además, por la pretensión de quien lo reclamó)³⁶. Este dictamen no tiene, en realidad, especialidad alguna: es un informe pericial que debe valorarse con arreglo a la sana crítica (art. 348 LEC). Siempre que el perito sea experto en Derecho extranjero (sea cual sea su nacionalidad)³⁷ y, por tanto, idóneo para aportar los conocimientos que pretende el artículo 335.1 LEC, nada puede restar eficacia probatoria a su informe. De ahí no se sigue que el Juez esté vinculado por su dictamen (art. 33.4 LCJI), pero tampoco significa que el dictamen esté totalmente privado de eficacia: que el perito *tome partido* o sugiera que una u otra decisión pueda ser correcta, no vincula al Juez ni tampoco le impide tomar en consideración el Derecho extranjero probado. Y así lo ha hecho notar la STS (Sala I) 477/2020, de 20 de

³⁵ Cfr. YBARRA BORES y RODRÍGUEZ BENOT, *BMD*, 2017, p. 1388.

³⁶ ORTEGA GIMÉNEZ, 2023, p. 40. En contra de su admisión: CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 23.

³⁷ Históricamente se ha exigido que el jurisconsulto lo sea «del país respectivo»: STS (Sala I) 115/1935, de 19 de diciembre; o, más adelante, STS (Sala I) 613/1962, de 30 de junio; STS (Sala I) 659/1968, de 28 de octubre; o STS (Sala I) 39/1975, de 3 de febrero. Este requisito no puede hoy sostenerse, pues el conocimiento de las Leyes extranjeras no depende de la nacionalidad del perito. Eso no sería compatible con la amplitud con que la LEC regula los medios de prueba (art. 299.3, por ejemplo), que hacen pensar no tanto en la fortaleza exterior del medio de prueba, como en su fuerza de convicción interna. Aun así, tanto en la alguna doctrina como en alguna jurisprudencia se sigue manteniendo la necesidad de que se acrede por *varios* jurisconsultos: cfr. CERRATO GURI, *Justicia*, 2016, pp. 321 ss.; y, en otro sentido, RODRÍGUEZ BENOT, *CDT*, 2016, p. 248.

julio, al poner de relieve que las opiniones del experto sobre la norma de conflicto aplicable eran irrelevantes³⁸. Pero nada de eso impide valorar lo que sobre el Derecho extranjero ha aportado el perito³⁹. Algo menos clara en expresión ha sido la STS (Sala I) 578/2021, de 27 de julio que ha hecho saber que no «cabe en puridad una pericia jurídica sobre la interpretación de las normas» (FJ 6.4). En todo caso, lo que el perito trae al proceso es la norma, su contenido, vigencia y realidad práctica, pero no una interpretación forzosa que deba asumir el Tribunal. Es decir, no es que el artículo 33.4 LJCI establezca una «excepción a la prueba legal establecida en la LEC para el documento»⁴⁰, sino que su pretensión es otra: la *opinión* que ofrezca el dictamen –sobre, por ejemplo, qué solución es la correcta– no vincula al Tribunal. Históricamente se había advertido ya esta circunstancia:

«Al procurar ilustrarse en esa forma, el juez o tribunal no adquieren el compromiso de deferir ciegamente al informe recibido, aceptando como verdad indiscutible lo que en él se establezca, sino que conservan la necesaria libertad de acción para apreciar, como en cualquiera otro caso, el valor de la prueba.»⁴¹

Así deriva, además, de una interpretación sistemática de la conocida STC 185/2012, de 17 de octubre, que declaró inconstitucional el inciso *favorable* (referido al informe del Ministerio Fiscal sobre custodia compartida) en el artículo 92.8 CC. Admitir que la opinión de cualquiera (sea el Ministerio Fiscal o un perito) fuera vinculante para el Juez sería un límite injustificado a la función jurisdiccional (*cfr.* FJ 5)

1.4 Testigos

Por último, aunque no es frecuente, la prueba de testigos puede ser también procedente para acreditar el Derecho consuetudinario extranjero (aunque parece difícil que sirva para fijar Derecho escrito: hay medios más efectivos)⁴². No creo que su especial conocimiento de esa circunstancia convierta a estos testigos, como propo-

³⁸ *Cfr.* también STS (Sala I) 578/2021, de 27 de julio, FJ 7.2; o STS (Sala I) 1218/2023, de 8 de septiembre, FJ 5.2.

³⁹ MUÑOZ ARANGUREN, *InDret*, 2012, p. 17.

⁴⁰ ALONSO FURELOS, *RUNED*, 2018, p. 95.

⁴¹ PRIDA, 1896, p. 220.

⁴² No creo, sin embargo, que «(h)ablar, sin embargo, de prueba testifical del derecho extranjero [sea] una impropiedad» (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 66). Bien puede requerirse la prueba, como he dicho, de una costumbre extranjera.

ne STEIN respecto de la costumbre nacional, siempre en peritos⁴³. Eso depende, en todo caso, de qué sea disputado concretamente: si la existencia o vigencia de la costumbre o, simplemente, su contenido y alcance. Si se trata de lo segundo, la declaración es, en realidad, más la de un perito que la de un testigo⁴⁴. Si lo que pretende la parte es aportar *hechos* (la existencia o no de una norma jurídica, por ejemplo), el declarante es en realidad un testigo; si lo que persigue es traer conocimientos técnicos (razones para decidir en uno u otro sentido), entonces es un perito. Aun así, la distinción en la *praxis* sobre ambas figuras es, respecto de la acreditación del Derecho extranjero, nebulosa⁴⁵.

Más allá de eso, no creo que la declaración de este testigo deba consistir en ofrecer al Juez –como también propone STEIN⁴⁶– la *subsunción misma* de los hechos en la norma consuetudinaria. Debe ofrecer, más bien, los materiales *en crudo* para que el Juez subsuma como estime pertinente⁴⁷. Entonces, si lo que se discute es el hecho mismo de la existencia de la costumbre (como se podría discutir si cierto Reglamento fue o no publicado), la prueba testifical es procedente. Y, por ejemplo, si la controversia gira en torno a la existencia de una costumbre vigente en el norte de Italia, lo razonable será recabar el testimonio de aquellos que la conozcan. No obsta a ello el tenor del artículo 360 LEC que, referido a *hechos controvertidos*, debe entenderse analógicamente aplicable. Aun así, si la costumbre en liza ha sido aplicada por los Tribunales en algún momento, la aportación de la resolución judicial es una mejor solución⁴⁸. Esto admite razonablemente el artículo 178 del Código General del Proceso de Colombia para acreditar «los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial».

1.5 Reconocimiento judicial

Por otra parte, nada impediría un reconocimiento judicial en ese mismo sentido (arts. 353 ss. LEC), siempre que no perjudicara la jurisdicción de un Tribunal extranjero (al modo del art. 129.3 LEC) que fuera proporcionado (es decir: que persiga un fin legítimo, sea

⁴³ STEIN, 1893, p. 181 (hay traducción al castellano de Andrés DE LA OLIVA que va por la 3.^a ed. [Temis, Bogotá, 2018]).

⁴⁴ Con algunas dudas se admite la procedencia del testigo-perito para estos supuestos en: YBARRA BORES, en TRESGUERRRES-GARCÍA (coord.), 2017, p. 284.

⁴⁵ SAUER, 1951, p. 167.

⁴⁶ STEIN, 1893, p. 181.

⁴⁷ Eso no impide tener en cuenta la subsunción que haya podido realizar el perito: HAMBURGER LEITLINIEN, 2023, p. 20 (§ 9.1).

⁴⁸ STEIN, 1893, p. 182.

idóneo, necesario y proporcionado en un sentido estricto)⁴⁹ y que se respeten las normas internacionales⁵⁰. Es posible, entonces, que el Tribunal mismo se desplazara al lugar donde rige la costumbre extranjera, consultara *in situ* y comprobara el mismo que la norma vive. Parece, sin embargo, poco probable y, además, extremadamente ineficiente. Y, de nuevo, otros medios de prueba cumplirían probablemente mejor este fin.

2. MEDIOS DE FIJACIÓN DISTINTOS A LA PRÁCTICA DE PRUEBA

Más allá de lo anterior, las posibilidades de fijación de hechos (y en este caso, del Derecho extranjero), no se agotan en la actividad probatoria⁵¹. La conformidad o admisión, la notoriedad y las presunciones no son medios de prueba, sino mecanismos de fijación de hechos cuya utilidad para acreditar el Derecho extranjero (o el consuetudinario nacional, por ejemplo), debe ser también ponderada.

2.1 Admisión

La admisión de hechos supone dar por cierta una circunstancia (de libre disposición por las partes: art. 752.2 LEC *a contrario*) sobre la que existe plena conformidad (art. 281.3 LEC). En la doctrina se ha negado que esta vía pueda ser operativa para acreditar el Derecho extranjero⁵² e incluso para verificar que el Derecho extranjero es de imposible o muy difícil comprobación⁵³. Se ha dicho, en este sentido, que la «concorde afirmación de las partes acerca de la existencia de la norma extranjera sólo tiene el valor de un indicio que será apreciado libremente por el juez»⁵⁴. También el

⁴⁹ En contra: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 65; o CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 18.

⁵⁰ Cfr. artículo 19 del Reglamento (UE) 2020/1783.

⁵¹ BANACLOCHE PALAO y CUBILLO LÓPEZ, 2023, pp. 326 ss.

⁵² ORTEGA GIMÉNEZ, 2023, p. 42; NIEVA FENOLL, 2019, p. 191: «[...] esa norma jurídica extranjera no se trata de un hecho desconocido que hay que averiguar, o sobre el que las partes se pudieran poner de acuerdo incluso»; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 21; YBARRA BORES y RODRÍGUEZ BENOT, *BMD*, 2017, pp. 1388 ss.; YBARRA BORES, en Fernández-Tresguerras García (coord.), 2017, p. 289; o MIRALLES SANGRO, 2007, p. 184. Rotundamente, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 161: «Resulta inadmisible que la existencia de una norma jurídica pueda considerarse acreditada por la mera conformidad de las partes litigantes». También MORENO CATENA, 2001, p. 2200; o MARTÍN OSTOS, 2000, p. 1759. Para Alemania, así lo sostiene DÖLLE, *GRU*, 1957, p. 61.

⁵³ CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 146.

⁵⁴ HERRERO RUBIO, *ADI*, 1977-1978, p. 165.

TS negó, en su momento, esta posibilidad⁵⁵. Ahora bien, nada en la legislación procesal hoy vigente conduce a pensar que la admisión de hechos como modo de fijar el Derecho extranjero sea aquí inservible (siempre que la controversia esté a disposición de las partes)⁵⁶. Tan solo una interpretación sistemática del artículo 281.3 LEC en relación con el artículo 281.2 fr. 2 LEC (sobre la costumbre, que puede darse por probada si «las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público») podría conducir a pensar que, como la LEC nada dice sobre el Derecho extranjero, la admisión no es operativa. Pero esto carece, desde una perspectiva teleológica, de sentido (¿para qué la distinción?). Es decir, ¿qué justifica el privilegio de la costumbre nacional frente al Derecho extranjero? Si se entiende decaído el argumento soberanista (*cfr.* II.1), entonces, nada⁵⁷.

Desde luego, que la aplicación de las normas de conflicto sea imperativa (art. 12.6 CC) no puede llevar al extremo de anular la autonomía de la voluntad de las partes (cuando esta pueda actuar)⁵⁸. Si las partes están de acuerdo en que el Derecho aplicable a una compraventa es el francés, por ejemplo, y el Tribunal no aprecia contravención a las normas de la buena fe (ni civil ni procesal), no alcanzo a comprender por qué el Tribunal debería desplazar la voluntad contractual e imponer la suya sin interés público que lo justifique, por mucho que la norma de conflicto sea (en

⁵⁵ STS (Sala I) 520/1971, de 5 de noviembre: «[...] al aplicar la ley extranjera el Juez patrio viene obligado a su observancia como si lo fuera del país de que se trate; exigiéndose a estos efectos, el dictamen conforme de dos jurisconsultos de aquél, debidamente legalizados, [...] exigencia que como se ha expuesto precedentemente, aquí no fue cumplimentada y que no puede suplirse por la conformidad también referida de los litigantes».

⁵⁶ CUARTERO RUBÍO, *DPC*, 2000, p. 53: «La nueva regulación dada por el art. 281.3 LEC obliga a que en caso de derechos ajenos a la libre disposición de las partes el Derecho extranjero resulte probado aún en supuesto de hechos admitidos». A contrario sensu, por tanto, cuando hay libre disposición sobre el objeto del proceso, debe haber también lugar para la admisión como medio de fijación del Derecho extranjero. *Cfr.*, también, HAMBURGER LEITLINIEN, 2023, p. 10 (§ 2.4).

⁵⁷ Nada, sobre todo, si se atiende sistemática a otras normas del Derecho procesal español, como el artículo 60.3 fr. 2 LJCA («Si el objeto del recurso [contencioso-administrativo] fuera una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos»; lo que no impide la prueba de oficio del art. 61.1 LJCA). Es decir, si las partes pueden *conformarse* sobre hechos constitutivos de infracción administrativa (¡cuestión públicamente relevante!), ¿qué justificaría que no pudieran hacerlo sobre el Derecho en un pleito meramente privado?

⁵⁸ Esta postura es la más coherente con un entendimiento del Derecho que no pretende el trabajo abstracto con conceptos y formas, sino la más viva concreción y resolución satisfactoria del supuesto concreto. Sobre esa postura, llamada orgánico-sociológica, *cfr.* SAUER, 1951, pp. 9 ss. Por otra parte, la remisión que efectúa la norma de conflicto no siempre es operante, lo que no quiere decir que aquella decaiga *ad eternum*. Es decir: si «la santidad de la norma de conflicto no puede llegar a significar una contrariedad con normas de *ius cogens*» (CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1981, p. 66), nada impide que otras razones (la autonomía de la voluntad de las partes, en su caso) pueda desplazarla.

su tenor) imperativa⁵⁹. Es decir, por qué el Tribunal habría de emplear recursos públicos en acreditar algo que no lo requiere y en lo que tampoco hay interés público. Si las partes pueden haber pactado someterse a arbitraje y aplicar la legislación belga (por ejemplo) a su contrato de compraventa y deciden a continuación resolver su controversia ante los ‘Tribunales (de modo que se abstienen de interponer declinatoria: arts. 39 LEC y 11.1 fr. 1 LArb) y pactan que el Derecho aplicable sea el francés, nada puede impedírselo⁶⁰. Este resultado no es, por otra parte, «absurdo e ilegal», como sostiene GUTIÉRREZ DE CABIEDES⁶¹. Y, desde luego, el ejemplo que aquel aduce para argumentar en contra (dos partes que fingen totalmente una norma inexistente y la presentan como Derecho italiano o alemán) es inoperante por dos motivos⁶². En primer término, porque ese supuesto –de darse– es patológico y no puede tomarse como marco general (como tampoco una condena por prevaricación a un Juez hace pensar que todo el sistema no es confiable). Y, en segundo lugar, porque si en el litigio no subyace ningún interés público, es indiferente *cómo* las partes presentan al Juez los criterios de decisión. De hecho, las partes ya *construyen* un Derecho no previsto *ex lege* cuando pactan una cláusula en un sentido u otro. A eso se añade que las partes tienen obligación de comportarse de buena fe dentro y fuera del proceso e *inventar* un ordenamiento para perseguir un fin que no admite el Derecho no es compatible con esas obligaciones de buena fe⁶³. Una conducta reprobable como esa puede comportar, incluso, responsabilidades penales (art. 250.1.7.^º CP)⁶⁴. Es decir, siempre que las partes actúen de buena fe y sin pretender resultados prohibidos por el Derecho, que el litigio sea meramente privado y que nadie pueda verse perjudicado por la admisión, debe el Tribunal decidir conforme a lo querido por las partes.

No es tampoco convincente el argumento de que una vez acreditado, el «Derecho extranjero se erige en fundamento jurídico de las pretensiones de las partes y de la propia sentencia», de manera

⁵⁹ En contra: CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 139.

⁶⁰ En contra: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 102: «[...] lo que en ningún caso puede resultar admisible es la voluntaria exclusión de la ley aplicable con carácter imperativo». Sin embargo, cuando en el pleito se dirime un interés meramente privado, nada puede excluir que las partes designen otro Derecho para resolver su controversia.

⁶¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 62.

⁶² Otro ejemplo en: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 57.

⁶³ SAUER, 1951, p. 95: «El proceso solo es externamente una contraposición, una disputa sobre la lucha [*Streit um Kampf*]; materialmente es su contrario, de manera que aquél se supera a sí mismo, alcanzando su fin, poniendo delante de sí la armonía».

⁶⁴ Pues, efectivamente, el «foro ha de defender la autoridad del Derecho extranjero normalmente aplicable y, en este sentido, debe sancionar no sólo el fraude a su propio ordenamiento, sino también el fraude a la ley extranjera»: CARRILLO SALCEDO, 1971, p. 259.

que «no es de recibo que ello [la acreditación del Derecho extranjero] tenga lugar por un mero acuerdo entre las partes»⁶⁵. La posición no es sostenible, primero, porque las partes pueden disponer de la controversia en cualquier momento del proceso (en los términos del art. 19.1 LEC)⁶⁶, de manera que es indiferente si *ya se ha acreditado* o no el Derecho aplicable⁶⁷. Es decir, el principio de adquisición procesal (conforme al cual una vez practicada la prueba, su resultado beneficia o perjudica a las partes por igual)⁶⁸ solo es relevante si la controversia sigue viva, pero no si las partes deciden poner fin al pleito de otra manera. Aun así, excluir la conformidad como medio de acreditación del Derecho extranjero no es sostenible, sobre todo, porque no se trata ahí de un *mero acuerdo*, sino de la norma fundamental que rige la vida civil y procesal de la relación jurídica en debate⁶⁹. Por otra parte, ese argumento es incoherente con el *otro fundamento de la pretensión*: el fáctico. Es decir, los hechos (que sí se pueden fijar, a veces, por admisión) son también fundamento de la pretensión y no por eso el Tribunal los investiga siempre de oficio. Si el Derecho procesal y el proceso son *instrumentos* para la actuación (lo más justa posible) del Derecho material en el caso concreto⁷⁰, no es coherente con su finalidad sustraer a las partes el poder de disposición que sí les asiste fuera del proceso (como tampoco lo es exigirles comportarse de buena fe en la relación civil, pero permitirles chicanerías y enredos en el

⁶⁵ YBARRA BORES, *CDT*, 2022, pp. 535 y 536.

⁶⁶ Salvo que se trate del supuesto del artículo 450.1 LEC: «Todo recurrente podrá desistir del recurso antes de que sobre él recaiga resolución, excepto del recurso de casación una vez señalado día para su deliberación, votación y fallo».

⁶⁷ Una norma que así lo previera podría ser, incluso, inconstitucional como deriva de la STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4. La sentencia declaró contrario al art. 24.1 CE un auto de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid que rechazaba el escrito de las partes solicitando poner fin a un proceso en el que se pretendía la anulación de un laudo arbitral. El TC mantuvo lo siguiente: «[...] debe reputarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes el razonamiento del órgano judicial que niega virtualidad a un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes sin que medie norma prohibitiva que así lo autorice, imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada».

⁶⁸ BANACLOCHE PALAO y CUBILLO LÓPEZ, 2023, p. 338.

⁶⁹ Esta posición trasluce, también, en CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, 2023, p. 214: «[...] aunque el deber de conocimiento del derecho por un juez tenga esas fronteras, ello no significa que el derecho extranjero y la costumbre pierdan a efectos procesales su consideración de norma jurídica; si fuera así se acabaría por tratar a esas normas jurídicas, alegadas por las partes, como si fueran hechos, quedando en cuanto a su aplicación a la entera disposición de las partes y de su éxito probatorio». Algo similar se mantiene AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Justicia*, 1989, p. 113. Allí hace notar que las partes, «mediante el simple expediente de no invocar el Derecho extranjero competente, podrán sustraerse a su aplicación, provocando la aplicación de la ley del foro cuando ésta resulta más ventajosa». Pero no se trata, efectivamente, de un *simple expediente de no invocar*, sino de las normas básicas de la relación contractual y procesal siempre que la controversia esté a disposición de las partes.

⁷⁰ PRIETO CASTRO, 1946, p. 2.

proceso, por ejemplo). Si las partes están de acuerdo en el contenido y vigencia del Derecho extranjero y este no es contrario a ningún interés público ni perjudica a terceros, no tiene el Tribunal habilitación alguna para entrometerse. Esta postura no es, en realidad, ninguna novedad. Bajo la LEC 1881, la STS (Sala I) 76/1934, de 1 de febrero, había dado por acreditado el contenido y vigencia de una norma francesa por entender «ambas partes se hallan absolutamente conformes en tan importante punto de hecho, sobre el que habría de resultar innecesaria toda ulterior probanza»⁷¹. La tesis se mantuvo en resoluciones posteriores, como la STS (Sala I) 720/1971, de 5 de noviembre, para la que la admisión solo podía tener efectos cuando la vigencia y el contenido del Derecho sobre el que las partes estuvieran conformes fuera suficiente para resolver la controversia, es decir, que fuera «base suficiente y seria para que, sin más, una autoridad judicial patria pueda estar en condiciones de resolver la disputa»⁷² (lo que no sucedía en el caso concreto). Y más recientemente, la STS (Sala I) 177/2018, de 3 de abril, ha dado relevancia de pasada a la circunstancia de que ninguna de las partes haya discutido el contenido o vigencia de las normas del Derecho colombiano (FJ 4.1)⁷³.

Aun así, al margen de lo anterior, es complejo admitir que la *ficta confessio* de los artículos 304.I y 307 LEC pueda ser aquí operativa, pues su espíritu y tenor se encaminan a dar por probados *hechos personales* y no criterios de decisión⁷⁴. Aunque analógicamente pueda admitirse la aplicación de otras normas referidas a hechos (*cfr. infra*), la referencia a lo *personal* de esos hechos obliga a retraer aquí la analogía.

2.2 Notoriedad

A la notoriedad se ha negado también potencial para acreditar el Derecho extranjero⁷⁵. El artículo 281.4 LEC establece que no será necesario probar los «hechos que gocen de notoriedad absolu-

⁷¹ Misma doctrina se reitera en STS (Sala I) 115/1935, de 19 de diciembre, aunque para desestimar la pretensión de quien invocó el Derecho húngaro y no lo acreditó.

⁷² STS (Sala I) 520/1971, de 5 de noviembre.

⁷³ Y lo mismo parece desprenderse de la STS (Sala I) 528/2014, de 14 de octubre, FJ 2.2 cuando afirma que «el Juez o Tribunal puede investigar el derecho extranjero aplicado en la instancia cuando una de las partes, la actora, ha alegado, en primera instancia y en el recurso de apelación, que el derecho nacional chino ha sido incorrecta o deficientemente aplicado en las sentencias de instancia». Es decir, cuando una parte discute su aplicación, pero no cuando si las partes se aquietan con el Derecho sustantivo pero discuten, por ejemplo, una cuestión procesal.

⁷⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, AEDI, 1975, p. 65.

⁷⁵ Por ejemplo, MUÑOZ ARANGUREN, *InDret*, 2012, p. 13; o MORENO CATENA, 2001, p. 2200. Antes lo había admitido: CARRILLO SALCEDO, 1971, p. 256.

ta y general». Cuál sea el contenido de esos adjetivos *absoluta* y *general* es indeterminado y debe ser puesto en relación con un contexto geográfico e histórico concreto⁷⁶. El entendimiento de la notoriedad que propone, entre otras, la STS (Sala I) 1990/2015, de 3 de febrero (de 2016) es extensible aquí. Dice la resolución:

«[...] se estima suficiente que el tribunal los conozca [los hechos] y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho –límite temporal–, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan –ámbito de la difusión del conocimiento–, en la que se desarrolla el litigio –límite espacial–, con la lógica consecuencia de que en tal caso [...] quedan exentos de prueba» (FJ 5).

Es decir, no se trata de que la norma extranjera sea notoria para todos los ciudadanos (pues ni las nacionales lo son). Se trata de que la norma extranjera en liza sea conocida indubitablemente por el Tribunal y por las partes (eso último separa la notoriedad del conocimiento privado del Juez). Y cuando así sucede, nada obsta a la aplicación analógica del artículo 281.4 LEC al Derecho extranjero (y a la costumbre)⁷⁷. Por ejemplo, si ante un concreto Juzgado de lo Mercantil litigan hace lustros los mismos Letrados especialistas en Derecho civil portugués y sobre los mismos tipos de pleitos, de manera que el Juez titular conoce ya el Derecho, sería un desperdicio inútil de recursos exigir acreditar en cada pleito el Derecho extranjero⁷⁸. Y no solo nada obsta a eso, sino que una gestión eficiente del proceso impone emplear de manera razonable los recursos a disposición del Estado. Y, de hecho, algunas forales civiles expresamente prevén la notoriedad respecto de normas jurídicas: artículos 1.2 Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco («[...] la costumbre que no sea notoria deberá ser probada»; 2.1 fr. 1 de la Ley 2/2006, de derecho civil de Galicia («Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba»; o la Ley 3.II de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra («La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales»)⁷⁹.

⁷⁶ BANACLOCHE PALAO y CUBILLO LÓPEZ, 2023, p. 328. Sobre la notoriedad, en general: LAGENBECK, ZZP, 1882, pp. 470 ss.

⁷⁷ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 58, que reconoce –sin embargo– la dificultad de tales supuestos en la práctica.

⁷⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, RFSCJE, 2006, ap. 11.

⁷⁹ Cf. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, pp. 139 ss.

2.3 Presunciones

También las presunciones pueden ser instrumento válido para la acreditación del Derecho extranjero. El TS alemán ha admitido, de hecho, una posibilidad similar en una ya antigua resolución de 1981. Así: «(e)n casos en que la aplicación del Derecho nacional fuera notoriamente insatisfactoria, puede estar justificado también la aplicación del Derecho más cercano al invocado o del Derecho presumiblemente vigente»⁸⁰. Es decir, si puede presumirse qué Derecho es vigente, ¿por qué no podría presumirse solo la norma? Entre nosotros, GUTIÉRREZ DE CABIEDES ha desechado esta posibilidad, sosteniendo que la presunción solo ofrece un grado de *probabilidad* de certeza⁸¹. Se interroga: «¿Cómo va a aplicarse el derecho extranjero, formando parte de la premisa mayor de la decisión jurisdiccional, si su existencia se estima simplemente probable?»⁸². A esa pregunta podría ofrecerse, igualmente, otra: ¿Cómo va a aplicarse el Derecho nacional sobre la base de *hechos* que se estiman simplemente probables? Porque, efectivamente, así lo admite el Derecho. Hoy, el artículo 386.1 LEC (analógicamente aplicable) establece lo siguiente:

«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 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.»

De esta manera, si el demandante –por ejemplo– consigue acreditar la vigencia y contenido de una norma que prohíbe las compraventas, los préstamos, los comodatos, las donaciones y los arrendamientos entre cónyuges, el Tribunal puede presumir que la afirmación del demandante (consistente en que la jurisprudencia que aplica esa norma extranjera prohíbe también las permutas) es cierta⁸³. Se trata, en realidad, de una suerte de analogía (a la que le

⁸⁰ S. de 23 de diciembre de 1981 (IV b ZR 643/80 – KG), ap. II.

⁸¹ También otros autores anteriores. *Cfr.* PRIDA, 1896, p. 220.

⁸² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 67.

⁸³ *Cfr.* la doctrina citada en: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, pp. 95 ss. Las razones que este opone frente a la solución de *crear* (presumir) una norma similar a la que *podría* prever el Derecho extranjero a aplicar, no son concluyentes. Mantiene: a) que la verosimilitud propia de todo *juicio* (en el alemán sentido de *Urteil*) no es admisible respecto de las normas jurídicas; b) que de *lege data* hay en nuestro Derecho la obligación de resolver (art. 1.7 CC) y, por último; c) que aquella posibilidad no excluye la arbitrariedad y resultados injustos. A los argumentos a) y b) se pueden oponer las razones ya expuestas en el cuerpo del texto. A la última hay que oponer que ese riesgo está presente en toda actividad humana y que, por tanto, no es decisivo en la admisión o no de las presunciones como medios de fijación del Derecho extranjero.

falta la certeza sobre la existencia o no de una norma que no regula el supuesto de hecho). En todo caso, lo anterior no significa que este mecanismo excepcional pueda ser la regla, pero tampoco puede descartarse *a radice* su operatividad. De tal modo, cuando solo están acreditados unos preceptos del Derecho extranjero a aplicar no necesariamente debe acudirse –como sostiene CALVO CARAVACA– al «Derecho designado por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto, si existe, y en última instancia, [...] por el Derecho material español siempre que ello resulte conciliable con el Derecho extranjero que sí puede ser aplicado»⁸⁴. Si solo hay prueba parcial, entonces con ese indicio podrá intentar acreditarse *lo que falta* del Derecho extranjero (presunto) y si eso no es posible, habrá que recurrir a los criterios que abordo más adelante y que exigen, como se verá, distinguir si en el asunto hay o no interés público (*cfr.* V.2). Acudir al siguiente punto de conexión podría conducir a aplicar parcialmente un ordenamiento y parcialmente otro, con las dificultades de conciliación –suponiendo que el segundo Derecho quede acreditado– que eso suscita.

IV. DOS CUESTIONES PROCESALES MÁS

Dicho lo anterior, dos cuestiones de proceso más:

1. EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ: SÍ, PERO CON CAUTELA

En la doctrina nacional se ha puesto de relieve la posibilidad u obligación del Juez de aplicar el Derecho extranjero que conoce privadamente, de modo que la falta de alegación y prueba por las partes no le puede impedir actuar, en principio, conforme a aquél.⁸⁵ Se ha mantenido, con razón, que con la LEC desaparece «aquella prohibición ridícula de la utilización de sus conocimientos personales»⁸⁶. También el TS lo ha admitido: «(s)in perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las par-

⁸⁴ CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 147.

⁸⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 82; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 60; ORTEGA GIMÉNEZ, 2023, p. 25; MUÑOZ ARANGUREN, *InDret*, 2012, p. 16; CARRASCO GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 26; o ÁLVAREZ AGOUÉS, *CDT*, 2022, p. 924. En contra: ESPLUGUES MOTA y PALAO MORENO, 2023, p. 282 (para ellos el Juez no podría en ningún caso «suplir con su eventual conocimiento personal del derecho extranjero la ausencia de prueba de éste por las partes»).

⁸⁶ PÉREZ VOITURIEZ, *AEDIPr*, 2001, p. 440. Antes de la LEC 2000 había mantenido CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1981, p. 70: «[...] es sumamente aventurado mantener que el juez

tes [...], el juez debe aplicar el Derecho extranjero si es que lo conoce»⁸⁷. Esta tendencia es perceptible, igualmente, en la jurisprudencia de las AP. Por ejemplo, el AAP Cádiz (Secc. 6.^a) 28/2018, de 18 de octubre, ha aplicado el Derecho marroquí, que le constaba al ponente «por su conocimiento privado» (FJ 1). Algunas normas ajena a la aplicación judicial del Derecho extranjero también lo prevén⁸⁸. Así, los arts. 100.1.II LRC y 36.III RH admiten, en su respectivo ámbito, el conocimiento privado del Encargado del Registro Civil o del Registrador de la Propiedad como sustento para la aplicación del Derecho extranjero. Y aunque en esos supuestos no se actúa el Derecho jurisdiccionalmente, la circunstancia de que el legislador lo admite en esos supuestos hace pensar que, con las debidas cautelas, eso es posible también en el proceso.

La utilización del conocimiento privado del Juez es, en la aplicación del Derecho extranjero, admisible⁸⁹. Es, en realidad, una suerte de paso previo a la notoriedad *en el Tribunal*⁹⁰. Ahora bien, para que pueda el Tribunal sustentar su decisión en ese Derecho extranjero que estima pertinente y que no ha sido correctamente alegado por las partes, debe hacerlo «sin apartarse de la causa de pedir», es decir, sin acudir «a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer» (art. 218.1.II LEC). Entonces: si pretende el Tribunal aplicar el Derecho extranjero que conoce por su especial preparación, debe ponérselo de manifiesto a las partes en la audiencia previa (o en la vista en el juicio verbal), conforme al artículo 424.1 LEC, que estimo aplicable a este supuesto⁹¹. Carece de sentido obligar al Juez a

español puede aplicar el Derecho extranjero cuando lo conoce sin esperar a que las partes se lo acrediten» (cursiva en el original).

⁸⁷ STS (Sala I), 18/2019, de 15 de enero, FJ 3.

⁸⁸ Como ejemplo histórico se puede citar, igualmente, el art. 8 del StGB für das Königreich Sachsen vom 11. August 1855, que preveía el conocimiento privado del Juez para la aplicación del Derecho penal extranjero: «El extranjero que cometa en el extranjero un delito de los previstos en los artículos 4, 5 y 6 será castigado según las Leyes del país donde fue cometido el hecho, siempre que se sepa o se pruebe, que el hecho, según aquellas Leyes, bien no es punible o bien se castigaría con una pena más leve que lo previsto en este Código o que solo se castigaría a instancia de parte. [...] Si se trata de un hecho para cuyo castigo debe el Juez, según lo señalado anteriormente, tomar en consideración una Ley penal extranjera, que prevé una pena no admisible según el presente Código penal, imponer una pena igual o más leve, pero admisible según el Código Penal de Sajonia». La cursiva es mía.

⁸⁹ Para Alemania, el § 293.1 fr. 1 ZPO establece que el Derecho extranjero (también la costumbre y los llamados *Statuten*) solo requiere prueba cuando le sea desconocido al Tribunal.

⁹⁰ PRIETO CASTRO, 1946 p. 302. De hecho, algunos autores identifican ambas circunstancias (*cfr.* SAUER, 1951, p. 182). En la actualidad, otros autores niegan la existencia de tal clase de notoriedad: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 19, con base en los adjetivos *absoluta* y *general* que acompañan al sustantivo *notoriedad*.

⁹¹ O, en su caso, en la vista del juicio verbal (art. 444.2 LEC en relación con el art. 424.1 LEC). En eso inciden también las HAMBURGER LEITLINIEN, 2023, pp. 9 (§ 2.2).

soportar, por ejemplo, una prueba pericial sobre Derecho inglés cuando él mismo ha realizado un doctorado en Inglaterra. Ahora bien, solo cuando las partes hayan sido *advertidas* de que el Juez tiene intención de resolver conforme a esa norma (que revelada por el Juez deja de ser ahora *sorpresa*), puede pronunciarse sobre la controversia⁹². Eso lo exigen, creo, dos circunstancias:

1.1 Garantía del derecho a la disposición de la relación jurídica

Solo cuando las partes pueden *prever* razonablemente qué canon decisorio aplicará el Tribunal, pueden decidir con libertad el destino de su controversia. Si sorpresivamente –porque las partes ni siquiera lo creen posible– el Tribunal aplica normas extranjeras que provienen de su conocimiento privado, se impide a las partes disponer en verdadera libertad de su controversia. Advirtiendo a las partes de esa posibilidad se da, entonces, valor su voluntad en el proceso⁹³. Aunque claro, se debe dar valor cuando el Derecho lo permite (es decir, cuando el objeto del litigio sea disponible). No creo, entonces, que pueda contraponerse a la vista del artículo 281 LEC un interés *de parte* y un interés *de proceso* tal como sostiene CUARTERO RUBIO: «[...] la prueba del Derecho extranjero es interés del proceso no un interés de parte, con independencia de que la materia objeto del proceso sea o no de libre disposición»⁹⁴. El interés de parte y el interés de proceso se identifican en el proceso civil dispositivo: lo que no interesa a las partes (y lo que no interesa [mucho] al Estado, por tratarse de un asunto meramente privado) no interesa al proceso. No tiene este último una finalidad propia y distinta de la que persigue el Derecho material sobre el que las partes disponen y que las partes quieren.

1.2 Sobre todo: economía procesal

Por otra parte, que el Tribunal aplique el Derecho extranjero que conoce –previa advertencia a las partes– además de evitar una reprobable resolución sorpresiva impide hacer perder a las partes

y 20 (§ 9.1).

⁹² SAUER, 1951, p. 26: «La sentencia debe orgánicamente provenir del desarrollo previo del proceso, de la totalidad y de la hasta ese momento producida valoración; es el último eslabón de una conformación formación material y jurídica consecutiva [*fortlaufende Sach- und Rechtsgestaltung*]. No puede ser una sorpresa para los participantes en el proceso, al menos no para los Abogados ni para el Fiscal».

⁹³ DÖLLE, GRÜ, 1957, p. 62.

⁹⁴ CUARTERO RUBIO, DPC, 2000, p. 32.

(y al Estado) tiempo y recursos en acreditar algo que el Juez ya conoce suficientemente. Una pericial sobre el Derecho extranjero que el Tribunal ya tiene presente es tan perdida de tiempo y recursos como la práctica de la prueba sobre un hecho no controvertido. Debe, entonces, evitarse.

2. DILIGENCIAS FINALES, EN PRINCIPIO, NO

Una última cuestión sobre la que se ha debatido es la posibilidad de emplear las diligencias finales de los artículos 435 y 436 LEC (ahora también admisibles en el juicio verbal)⁹⁵ para la acreditación del Derecho extranjero que no ha sido probado⁹⁶. Esta solución (que sí parecía posible con las diligencias para mejor proveer del viejo art. 340 LEC 1881)⁹⁷ no es hoy admisible para los supuestos en que no concurre ningún interés público. Las diligencias finales no sirven para practicar prueba que tenía que haberse propuesto en tiempo y forma (art. 435.1.1.^a LEC), sino para practicar pruebas que: a) habiendo sido admitidas, no pudieron ser practicadas (art. 435.1.2.^a LEC); b) pruebas pertinentes y útiles sobre hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.1.3.^a LEC); y c) pruebas sobre hechos relevantes oportunamente alegados, «si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirían adquirir certeza sobre aquellos hechos» (art. 435.2.I LEC)⁹⁸. Nada de eso parece posible cuando las partes deben presentar al Tribunal en la demanda (art. 399.4 LEC) y contestación (art. 405.1 LEC) el Derecho que estiman aplicable.

Tampoco los supuestos de alegación posterior de hechos nuevos o de nueva noticia (art. 286.1 LEC) parecen plausibles. Qué Derecho es aplicable es una circunstancia conocida normalmente desde el inicio de la relación, de manera que las partes no pueden

⁹⁵ Cfr. artículo 445 LEC, reformado por el RD-Ley 6/2023, de 19 de diciembre.

⁹⁶ YBARRA BORES, *CDT*, 2022, p. 534; BENEYTO, 2019, p. 174; ORTEGA GIMÉNEZ, 2023, p. 33; ESPUGUÉS MOTA Y PALAO MORENO, 2023 p. 283; YBARRA BORES, en FERNÁNDEZ-TRESGUERRRES GARCÍA (coord.), 2017, p. 287; o YBARRA BORES y RODRÍGUEZ BENOT, *BMD*, 2017, p. 1386.

⁹⁷ Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 55. El TS se ha mostrado vacilante al respecto (cfr. referencias en CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1981, pp. 72 y 73). También se mostró contrario (aunque respecto de la costumbre): ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1934, p. 454: «[...] es harto discutible que dada la enumeración taxativa que el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento hace de ellas [de las diligencias para mejor proveer], constituyan un instrumento idóneo para acreditar la existencia del Derecho consuetudinario».

⁹⁸ MORÓN PALOMINO, *AFD*, 2001, p. 392.

evitar (intentando sortear la preclusión) con el recurso a las diligencias finales las consecuencias desfavorables de la aplicación (cuando proceda) de las reglas de la carga de la prueba (*cfr. infra*).

V. CUANDO LO ANTERIOR FRACASA HAY QUE DISTINGUIR POSIBILIDADES Y SUPUESTOS

A pesar de todo lo anterior, puede ocurrir y sucede habitualmente que las partes fracasen en la acreditación del Derecho extranjero (voluntaria o involuntariamente). Eso es una situación patológica que no puede tomarse como *lo normal* (a pesar de que sea lo más cómodo y lo más barato para el Estado)⁹⁹. Aunque resolver rápido los asuntos es un interés digno de tutela, no puede prevalecer –cuando no hay interés público– sobre el derecho de las partes a traer al proceso los fundamentos fácticos y jurídicos sobre los que el Tribunal debe operar (art. 216 LEC)¹⁰⁰. Me ocupo, entonces, de abordar qué posibilidades tiene a su alcance el Tribunal cuando el Derecho extranjero no ha sido acreditado y en qué supuestos esas posibilidades tienen o no sentido, lo que exige concretar si hay o no interés público en el objeto del litigio.

1. TRES POSIBILIDADES

Cuando las partes fracasan en la acreditación del Derecho extranjero, las tres esenciales posibilidades que restan son: a) investigar de oficio y aplicar el Derecho extranjero a toda costa; y b) si lo anterior fracasa, aplicar el Derecho patrio; o c) desestimar las pretensiones aplicando las reglas de la carga de la prueba¹⁰¹. Las presento y examino luego qué virtualidad puede tener cada una. También la *inadmisión* de la demanda o la resolución por equidad aparecen a veces entre las propuestas. Creo, sin embargo, que no tienen posibilidad alguna de prosperar (*cfr. V.2*).

⁹⁹ En CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 135 hay una larga lista de las razones (o sinrazones) que se aducen para evitar la aplicación del Derecho extranjero cuando así corresponde. Desoladores son los datos que, a ese respecto, hay en: PICÓ I JUNOY, *Justicia*, 2011, pp. 67 ss.

¹⁰⁰ *Cfr.* STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 4 y las resoluciones que allí se citan.

¹⁰¹ *Cfr.* CERRATO GURI, *Justicia*, 2016, pp. 329 ss.; o AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Justicia*, 1989, pp. 81 ss. (particularmente)

1.1 Investigación de oficio y aplicación del Derecho extranjero

El Tribunal bien puede esforzarse en la investigación de oficio del Derecho extranjero (art. 281.2 fr. 3 LEC) y aplicarlo, una vez esté suficientemente acreditado. Es decir, el fracaso de las partes no impide la actividad del Tribunal a esos efectos. A pesar de que el artículo. 281.2 fr. 3 LEC hace pensar que el Tribunal no está obligado a ello, que el artículo 12.6 CC sea imperativo, conduce a creer que el Tribunal debe extremar sus esfuerzos cuando la norma de conflicto le señala el Derecho extranjero (y concurre algún interés público).

1.2 Aplicación del Derecho español

Otra opción posible es, simplemente, aplicar la *lex fori*. Esta es la solución que con más frecuencia aparece en la *praxis* y también es popular en la doctrina¹⁰². Contra ella se aduce la vulneración no solo de la norma de conflicto (art. 12.6 CC), que señala con *imperium* y no solo con deseo un Derecho extranjero a aplicar, sino la autonomía de la voluntad de las partes que, quizás, quisieron legítimamente regir su controversia por otro ordenamiento distinto al español. La tendencia de los Tribunales a esa solución puede provenir (ahora) de cierta falta de claridad de la Exposición de Motivos de la LCJI, que propone esa tesis de manera general, sin distinguir supuestos (ap. V):

«No se especificaba hasta la fecha qué había que hacer en aquellos supuestos en los que el Derecho extranjero no haya podido probarse. En la práctica forense se habían propuesto en esencia dos soluciones, la desestimación de la demanda y la aplicación de la *lex fori*. El presente texto se decanta por esta última solución, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho Internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva.»

Y, efectivamente, el artículo 33.3 LCJI asume esta *excepcional* posibilidad cuando el Derecho extranjero no ha sido acreditado, aunque el TS no ha tardado en recordar que la aplicación del Dere-

¹⁰² Cfr. CERRATO GURI, *Justicia*, 2016, p. 333; o ESPUGUES MOTA y PALAO MORENO, 2023 p. 284. También lo propone así el Dictamen del Consejo de Estado, de 26 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, Consideración 5.^a, ap. R).

cho nacional es la *ultima ratio*¹⁰³. Esto es coherente con la existencia misma del Derecho internacional privado y de las normas de conflicto: si al final el Tribunal opta (porque es más cómodo) aplicar la *lex fori*, entonces el modelo ha fracasado¹⁰⁴. Ahora bien, de ahí no se sigue que en todo caso y a toda costa (incluso, por ejemplo, cuando el precio del dictamen sobre el Derecho extranjero supera la cuantía del litigio)¹⁰⁵ deba el Tribunal extremar sus esfuerzos para conocer el Derecho extranjero. La excepcionalidad a que se refiere el artículo 33.3 LJCI supone, más bien, un recordatorio de que el Juez debe agotar las posibilidades reales y razonables que tiene a su disposición para conocer el Derecho extranjero¹⁰⁶. En 1975 lo hizo notar con razón GUTIÉRREZ DE CABIEDES respecto de las normas del CC: «Este poder [el del art. 12.6.II CC] es un poder-deber [...] Los Tribunales tienen el poder y el deber de procurarse el conocimiento del derecho extranjero, cuando hayan de aplicarlo en la sentencia, y para ello utilizarán todos los medios que tengan a su alcance [...]»¹⁰⁷. Este es el sentido que debe darse, también, al artículo 33.3 LJCI y aunque el TS se ha mantenido en el estricto tenor literal de la norma (*poder*)¹⁰⁸, el TC ha parecido ser –aunque antes de que se promulgara la norma– más estricto al respecto¹⁰⁹.

1.3 Desestimación de la pretensión

Y, por último, cuando no se acredita el Derecho aplicable puede, simplemente, desestimarse la pretensión¹¹⁰. A esto no obsta siempre la prohibición de *non liquet* (art. 1.7 CC), pues el que quiere hacer valer una pretensión debe cumplir las exigencias que el Dere-

¹⁰³ Esto debe ser totalmente excepcional: STS (Sala I) 177/2018, de 3 de abril, FJ 4.1. *Cfr.* CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 145.

¹⁰⁴ CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 134; o CARRASCOSA GONZÁLEZ, *RFSCJE*, 2006, ap. 1.

¹⁰⁵ *Cfr.* JUNKER, 2021, p. 183.

¹⁰⁶ BENEYTO, 2019, p. 179.

¹⁰⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *AEDI*, 1975, p. 82.

¹⁰⁸ STS (Sala I) 198/2015, de 17 de abril, FJ 7.

¹⁰⁹ STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 4: «[...] la acreditación del Derecho aplicable al caso [...] hubiese exigido de los órganos judiciales, y dadas las singularidades del caso de autos, una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba [...].» Aun así, como se ha hecho notar en la doctrina, la resolución sigue siendo tímida, pues solo podría compelear a una obligación de medios respecto del conocimiento del Derecho extranjero, «con independencia del resultado y vinculada a circunstancias especiales» (CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, p. 49).

¹¹⁰ *Cfr.* SJPI Barcelona (34) s/n, de 3 de marzo de 2010, FJ 5: «[...] si bien tratándose de derecho extranjero y no haber sido probado por la parte demandante, en cuanto a su contenido y vigencia, como requiere el [art. 281 LEC], procede desestimar la demanda, o alternativamente estar a la aplicación supletoria del Derecho español [...].» Críticas clásicas a esta postura hay en: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Justicia*, 1989, pp. 85 ss.

cho reclama¹¹¹. Y si la LEC impone un alto nivel de diligencia consistente en determinar la pretensión (arts. 399.1 *in fine* o 424 LEC, por ejemplo), no puede sorprender que cuando se fracasa en eso –igual que cuando se fracasa en la acreditación de hechos– deba el Tribunal desestimar la pretensión (art. 217.1 LEC) El TS ha admitido, también, esta solución en algún momento, haciendo notar que la desatención del principio de aportación de parte –de prueba, dice la resolución– puede dar «[...] lugar a la emisión de una sentencia adversa para la parte, y consecuentemente con este principio de aportación, la aplicación del art. 217 de la LEC cuando no se acredeite suficientemente el derecho extranjero, dictando una resolución que atienda a la actividad de las partes en el ámbito probatorio conforme a los requisitos internos que impone la sentencia de exhaustividad, la congruencia y la motivación»¹¹².

Y no creo que la STC 10/2000, de 17 de enero (que estimó contrario al art. 24.1 CE la desestimación de una demanda por falta de prueba del Derecho armenio en un proceso de separación) pueda ser decisiva. En ese supuesto, la frustración de la prueba no se produjo por falta de diligencia de la parte, sino desidia de la AP (FJ 4). Tampoco la STC 33/2002, de 11 de febrero, es concluyente. En aquel asunto, el TC reprochó a los Tribunales *a quo* no haber dado «en ningún momento la oportunidad de llevarla a cabo [la prueba] a través de los cauces procesales oportunos [...] y ligando a la falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho inglés la desestimación de su pretensión» (FJ 6). Es decir, lo que vulnera el derecho fundamental no es la desestimación de la pretensión, sino haber frustrado (como en el supuesto de la STC 10/2000, de 17 de enero) la posibilidad de acreditar el Derecho extranjero¹¹³.

2. DOS SUPUESTOS

Ahora bien, ninguna de estas tres posibilidades es la más adecuada *a priori* para todos los supuestos. Para decidir en qué medida procede una u otra hay que examinar la naturaleza del objeto del proceso y ponderar qué rol asigna el legislador a cada uno de los intervenientes en él. Es decir: lo trascendente para decidir cómo actuar cuando fracasa la acreditación del Derecho extranjero es si la materia está o no a disposición de los litigantes. Eso distingue e intensifica el deber del Estado de intervenir con brío o, simplemen-

¹¹¹ Cfr. BANACLOCHE PALAO y CUBILLO LÓPEZ, 2023, pp. 168 ss.

¹¹² STS (Sala I) 722/2009, de 23 de marzo, FJ 4.

¹¹³ El VP (Sr. CONDE MARTÍN DE HIJAS) a la STC 33/2002, de 11 de febrero, estima que ambos supuestos no son, sin embargo, comparables.

te, de abstenerse (desestimando, con fuerza de cosa juzgada, la pretensión que no ha podido ser suficientemente concretada en juicio)¹¹⁴.

2.1 Objetos de interés público: primero Derecho extranjero y, si no, *lex fori*

Si en la resolución del pleito concurre un interés público la solución exige que el Tribunal investigue el Derecho extranjero y lo aplique. Cuando eso no sea posible (por ser demasiado caro, por ejemplo, recurriendo incluso al art. 35.1 LJCI), *debe* (y no solo puede como dice el artículo 33.3 LJCI) el Tribunal aplicar la *lex fori*¹¹⁵. Este es el sentido, como he señalado antes, que subyace en la locución *con carácter excepcional* del art. 33.3 LJCI. El artículo 100.2 LRC («La falta de acreditación del contenido y vigencia del ordenamiento extranjero supondrá la denegación de la inscripción») puede hacer pensar que la solución correcta, incluso cuando concurre un interés público (estado civil), es la desestimación de la pretensión. Sin embargo, la previsión del artículo 100.2 LRC no puede hacerse universal, pues este no se ocupa de la actuación jurisdiccional del Derecho y, por tanto, la denegación de la inscripción que prevé está sometida a posteriores controles (arts. 85 ss. LRC) en que la decisión puede modalizarse por motivos imponderables para el Encargado del Registro. Es decir, que la LRC opte por negar la inscripción solicitada (*desestimar la pretensión*, digamos) no es indicio suficiente para pensar que también deben los órganos judiciales seguir esa tendencia cuando el objeto del litigio sea de interés público. A pensar eso conduce el artículo 67.1 fr. 2 TRLGDCU: «Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española»¹¹⁶. La norma, directamente dirigida al Juez, obliga a aplicar la *lex fori* si no ha sido posible acreditar la norma extranjera en un asunto de interés público, como es la tutela del consumidor o usuario. Y esta solución, consistente en aplicar la *lex fori*, parece también la más correcta cuando en el litigio está involucrado un

¹¹⁴ DIAGO DIAGO, AEIPr, 2017, p. 552. Otros autores han mantenido

¹¹⁵ Esto es claro en el Derecho belga. Así, el art 15 § 2 fr. 2 del Código belga de Derecho internacional privado: «*Lorsqu'il est manifestement impossible d'établir le contenu du droit étranger en temps utile, il est fait application du droit belge*». Lo mismo prevé el artículo 16.2 de la Ley suiza sobre Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987; o el artículo 14.2. fr. 2 de la Ley italiana de 31 de mayo de 1995. Más referencias a otros Derechos hay en: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Justicia*, 1989, pp. 88 ss.

¹¹⁶ La jurisprudencia también entiende procedente esa solución cuando se trata de supuestos en que las partes no eligen la norma aplicable. Así sucede con los accidentes de tráfico. Cf.: SAP Barcelona (Secc. 11.^a) 536/2023, de 5 de octubre, FJ 1.

menor: en tutela de su interés superior (art. 2.4.II LO 1/1996), deberá el Tribunal aplicar el Derecho español y garantizar, si eso es lo mejor para él, que la pretensión que hace valer encontrará respuesta concreta y no, simplemente, la desestimación. Ya ha hecho notar esa circunstancia el TC respecto del derecho del menor a ser oído y escuchado (art. 9 LO 1/1996), que comporta la relativa obligación del Estado de hacerlo real. El Estado debe, incluso, «atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros e incluso derechos y principios constitucionales»¹¹⁷. Con severidad lo ha expresado también la STC 178/2020, de 14 de diciembre:

«[...] en atención al papel que tiene encomendado al principio constitucionalmente impuesto a todos los poderes públicos de proveer a la protección del menor, no cabe duda de que su aplicación prima sobre la de cualquier norma procesal relativa a una posible preclusión o extemporaneidad de pretensiones» (FJ 3)¹¹⁸.

Se entiende, por tanto, que el TS haya estimado procedente la aplicación de la *lex fori* cuando hay un menor involucrado¹¹⁹. Aunque la aplicación de la *lex fori* es lo habitual, en este particular supuesto está justificado y aunque se ha aducido que esta forzosa aplicación del Derecho español es contraria a las cargas de las partes de acreditar el Derecho extranjero¹²⁰ (y también a la imperatividad del art. 12.6 CC), estas cargas y previsiones solo pueden entenderse relevantes cuando el asunto no es de interés público (*cfr. infra*). Si hay interés público, que las partes desatiendan sus cargas y asuman las consecuencias negativas correspondientes, no exime al Estado (*social*: art. 1.1 CE) de cumplir su deber de intervenir con toda intensidad en una controversia que afecta al interés público.

2.2 Objetos meramente privados: desestimación de la pretensión

Ahora bien, cuando en el pleito se discute una cuestión meramente privada, la aplicación automática del Derecho español (es decir, si ninguna parte lo pide) es un derroche de coacción estatal y una denegación de justicia para una de ellas (como mínimo)¹²¹.

¹¹⁷ STC 130/2022, de 24 de octubre, FJ 5; y STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2 y las que allí se citan.

¹¹⁸ El TS ha admitido incluso, la posibilidad de admitir prueba documental durante la sustanciación del recurso de casación (STS [Sala I] 308/2022, de 19 de abril, FJ 2).

¹¹⁹ Así sucede en el supuesto del ATS (Sala I) s/n. de 18 de marzo de 2015, FJ 2.

¹²⁰ YBARRA BORES, *CDT*, 2022, p. 536.

¹²¹ Y, desde luego, no lo impone así el artículo 281.2 LEC, como mantiene la SAP Pontevedra (Secc. 3.^a) 442/2023, de 14 de septiembre, FJ 6. Optan por esta solución, tam-

Acierta, por tanto, la SAP Santa Cruz de Tenerife (Secc. 1.^a) 314/2020, de 16 de julio cuando pone de relieve lo siguiente:

«[...] la parte demandada no ha probado ni la vigencia, aplicación e interpretación siquiera sistemática de la aplicación de la Ley inglesa a través de peritos-jurisconsultos que puede hacerse en el Reino Unido, ni un documento legalizado y traducidos o auténtico, a la vez que este Tribunal entiende que, al no tratarse de un proceso especial por la materia o de orden público no cabe aplicación de oficio del derecho extranjero» (FJ 3).

No se trata, como mantiene CALVO CARAVACA, de una opción «radicalmente *contra legem*»¹²², como sí lo es la inadmisión de la demanda cuando no se ha acreditado el Derecho extranjero aplicable, pues la Ley no prevé que toda cuestión a acreditar se resuelva desde las alegaciones iniciales¹²³. El artículo 265.1.1.^º LEC exige aportar los documentos «en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretendan», pero no puede entenderse conforme al principio *pro actione* (art. 11.3 LOPJ) la inadmisión de la demanda que, además, solo sucede en casos excepcionales (*cfr.*, por ejemplo, arts. 266, 269.2, 403.2 o 439.2.3.^º LEC) y tras la oportuna posibilidad de subsanar el defecto (art. 404.2.2 LEC). Eso no impide valorar positivamente que una de las partes aporte un principio de prueba del Derecho extranjero con la demanda (STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 4), pero no se sigue de ahí que la parte esté obligada a agotar toda su posibilidad de *prueba* en un momento procesal en que no se practica prueba alguna. Cuestión distinta sería que ya en la demanda la pretensión apareciera manifiestamente como insostenible, por ejemplo, por fundarse en el Derecho de la antigua Atenas. Solo está obligado el Tribunal a ocuparse de una pretensión (formulada en demanda, por ejemplo), cuando no sea total y radicalmente infundada. En este sentido, el modelo del artículo 32 de la Ley 1/1996 (que lleva por título «Insostenibilidad de la pretensión») es plenamente razonable¹²⁴.

bien, otras resoluciones como la SAP Toledo (Secc. 1.^a) 696/2023, de 27 de julio, FJ 3. En este mismo sentido, y asumiendo la «aconstitucionalidad» del art. 281.2 LEC: MIRALLES SANGRO, 2007, p. 179 (entre otras).

¹²² CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 148.

¹²³ Algunos autores mantienen que la inadmisión sería, sin embargo, razonable (aunque no admisible porque el Derecho no lo prevé: DIAGO DIAGO, *AEIPr*, 2017, p. 548).

¹²⁴ Algunos autores han tratado, de hecho, de exigir para la *admisión* de la demanda un criterio similar al que hoy contiene el artículo 32 de la Ley 1/1996. Así: SAUER, 1951, p. 212. En otras normas procesales españolas es perceptible la misma tendencia (*cfr.* art. 51.1 y 3 LJCA; y, respecto del proceso penal, la cláusula del art. 410 LOPJ, que prevé recabar los antecedentes oportunos antes de admitir una querella contra un Juez o Magistrado que conoce de su asunto, para determinar «la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación»). Lo mismo sucede en algunas normas procesales europeas (*cfr.* art. 7.7 de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre).

a) DECISIÓN CONFORME A LAS NORMAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Cuando no acreditan las partes el Derecho extranjero en su controversia privada, deben estimarse aplicables analógicamente las normas sobre carga de la prueba, pues «(c)uanto menos importante es el asunto, más «formalmente» puede ser aprehendida la verdad, hacerse dependiente de reglas de prueba, presunciones y vinculaciones de todo tipo»¹²⁵. Y así, con arreglo al artículo 217.1 LEC, se desestimarán las pretensiones cuyo fundamento no fue acreditado por quien debía hacerlo¹²⁶. A pensar lo mismo induce el artículo 424.2 LEC, que ordena sobresesar el pleito «si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor o, en su caso, del demandado en la reconvención, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones». El espíritu de esas normas es el que subyace en la solución que propongo: cuando quien solicita la actuación de su pretensión no logra (o no quiere) determinar verdaderamente qué reclama del Estado y con qué sustento, una resolución desestimatoria no puede entenderse lesiva de ningún derecho fundamental si no hay interés público alguno en la controversia¹²⁷. Y esto es razonable si se considera que este litigio meramente privado no comenzó de oficio (como sí puede suceder con los tratados antes: *cfr.* art. 757.2 LEC) y, por tanto, solo se ha llegado *voluntariamente* a esa situación patológica. No se trata, cuando el pleito es meramente privado, de sustituir con los recursos públicos la falta de diligencia o impericia de las partes: si no consiguieron o no quisieron acreditar el Derecho extranjero aplicable, las normas de la carga de la prueba *son lo que hay* o, mejor, *son lo que sabían que habría*. Esta solución es, además, la única verdaderamente justa con la función preventiva que cumplen las reglas de la carga de la prueba: «La carga de la prueba es una advertencia y genera respeto frente a los procesos, pues es, de hecho, una «carga» que nadie quiere asumir, pues es incierto si, en un futuro incierto y frente a personas indeterminadas, podrá satisfacerse»¹²⁸. No hay aquí, entonces, denegación de justicia para quien no cumplió con las cargas que conocía que debía cumplir. Lo ha expresado con corrección, creo, el VP de Conde Martín de Hijas a la STC 33/2002, de 11 de febrero:

«En el marco de la regulación de ese proceso [el laboral] es lógico entender que la parte demandante debe estar preparada para

¹²⁵ SAUER, 1951, p. 105.

¹²⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, RFSCJE, 2006, ap. 7.

¹²⁷ *Cfr.* STEIN, 1893, p. 180.

¹²⁸ SAUER, 1951, p. 175.

salir al paso de las posibles alegaciones de la parte contraria y para aportar los medios de prueba adecuados para desvirtuarlas, o para fundar su pretensión, pese a ellas. Y no parece que en un proceso, en el que la demandante es una ciudadana inglesa, la demanda una empresa de esa misma nacionalidad y la bases de sus relaciones un contrato de trabajo, cuyas partes se someten a la legislación inglesa, la posible alegación por parte de la demandada de que la normativa aplicable no es la española, alegada por la actora, sino la inglesa, pueda considerarse algo imprevisible, en razón de cuya imprevisibilidad pueda exonerar a la parte del rigor de la necesidad de la prueba de esa normativa [...].»

Tampoco se trata de dar a las partes *cualquier tutela judicial efectiva* (conforme al Derecho extranjero o conforme a la *lex fori*) como parecen proponer CALVO CARAVACA¹²⁹ o CUARTERO RUBIO¹³⁰, sino de dar (o no) a las partes una tutela razonable *en el contexto de lo que han pretendido*. Obviar eso supone admitir, correlativamente, que el proceso judicial está llamado a dar soluciones provisorias o, en realidad, cualquier clase de solución que calme a las partes. Sin embargo, «(e)l Juez no puede asemejarse al médico que solo prescribe un calmante; el Juez debe enfrentarse a la raíz del dolor y esforzarse por eliminarlo»¹³¹. Ofrecer *a priori* una solución legeforista no puede entenderse conforme con la obligación del Estado (del Juez) de resolver verdaderamente la controversia.

Creo que un ejemplo puede aclarar mi postura: las partes han pactado la aplicación del Derecho de la nación X, conforme al cual las acciones personales sin plazo especial prescriben a los 10 años. Interpuesta la demanda a los 14 años, el demandado alega que la acción está prescrita conforme al Derecho de aquella nación. Ahora bien, si ambos fracasan en sus cargas, el Tribunal aplicará –según la solución legeforista– el Derecho español y estimará la acción, por entenderla todavía viva (art. 1964.2 fr. 1 CC). Es decir, evitar la *denegación de Justicia* aplicando la *lex fori* (lo que tanto el CGPJ¹³² como el Consejo de Estado¹³³ y el Consejo Fiscal¹³⁴ estiman positivo), en realidad solo lo es para una parte. En este ejemplo, no

¹²⁹ CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 146.

¹³⁰ CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, p. 46.

¹³¹ SAUER, 1951, p. 4.

¹³² Informe del CGPJ, de 30 de septiembre de 2014, al Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, p. 27.

¹³³ Dictamen del Consejo de Estado, de 26 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, Consideración 5.^a, ap. R).

¹³⁴ Informe del Consejo Fiscal, de 25 de septiembre de 2014, sobre el Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, p. 13.

habrá denegación de justicia para el demandante, pero sí para el demandado. El principio *favor actionis* (que parecería aquí «aconsejar una decisión sobre el fondo razonable y ajustada al sistema de fuentes»¹³⁵) no puede hacerse real en perjuicio *injustificado* de una parte. Acierta STEIN, por tanto, cuando mantiene que estimar aplicable la *lex fori* cuando no se puede acreditar el Derecho extranjero (y cuando no hay interés público, agrego yo modestamente) es una aseveración arbitraria¹³⁶. Es decir, aunque una decisión sobre el fondo es el resultado deseable (y el que mejor realiza *a priori* el espíritu del art. 24.1 CE)¹³⁷, no creo que aquella pueda conseguirse a cualquier precio¹³⁸.

b) LOS INCONVENIENTES DE BUSCAR UN DERECHO PARIENTE

Por ese mismo motivo, tampoco es razonable la aplicación de un Derecho pariente o cercano al que no ha quedado acreditado para evitar aplicar la *lex fori*¹³⁹. Esa tesis suscita, además, otros inconvenientes: ¿cuál es verdaderamente ese Derecho pariente o cercano? En el entorno europeo puede parecer relativamente sencilla esa solución (y si se fracasa en la acreditación del Derecho belga, es posible que, por ejemplo, las normas del Derecho francés ofrezcan una solución similar). Pero ¿con qué grado de exactitud se puede determinar esa cercanía entre ordenamientos que son totalmente desconocidos para el operador español medio? Los problemas se trasladarían del Derecho extranjero no acreditado por las partes, al Derecho extranjero que el Tribunal cree pariente de ese. Entonces, como ya se ha dicho con razón: «(n)o hace falta excesiva imaginación para comprender los riesgos que esa *praesumptio similitudinis* comporta»¹⁴⁰.

¹³⁵ CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, p. 37.

¹³⁶ STEIN, 1893, p. 180, nota 15.

¹³⁷ CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, pp. 51 y 52.

¹³⁸ PICÓ I JUNOY, *Justicia*, 2011, p. 73, que hace notar la cuestión respecto de las dilaciones indebidas que podría causar la averiguación del Derecho extranjero. Es decir: mejor tardar un poco más y aplicar la norma correspondiente, que resolver *rápido y mal*.

¹³⁹ YBARRA BORES, *CDT*, 2022, p. 539. Cfr. también: PÉREZ VOITURIEZ, *AEDIPr*, 2001, pp. 442 y 443; HAMBURGER LEITLINIEN, 2023, p. 19 (§ 7.2); o DÖLLE, *GRU*, 1957, p. 60. En contra y con razón: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, 2004, p. 100. Más referencias y críticas en: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Justicia*, 1989, pp. 121 ss.

¹⁴⁰ HERRERO RUBIO, *ADI*, 1977 - 1978, p. 167. En el mismo sentido: CALVO CARAVACA, *REDI*, 2016, p. 154, que califica de «solución muy insegura que impide que las partes conozcan con antelación el contenido de las soluciones legales aplicables» tanto del *Muterrecht* como del *Ersatzrecht*. Problemas advierte también, con detalle, CUARTERO RUBIO, *DPC*, 2000, pp. 41 ss.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El Derecho extranjero no deja de ser Derecho por recibir, en el proceso civil español, un tratamiento similar al de los hechos. Puede ser acreditado por todos los medios de fijación de hechos admisibles (aunque unos sean *a priori* más idóneos que otros).

2. El Juez puede fundar su resolución en el conocimiento privado que tenga del Derecho extranjero, siempre que lo ponga tempestivamente de relieve a las partes, de modo que la decisión no sea sorpresiva (con lo que se garantizan los derechos procesales y materiales de las partes y se ahoran recursos, que se desperdiciarían en probar algo que el Juez ya sabe).

3. Las diligencias finales no son medio idóneo para acreditar el Derecho extranjero que debió haber sido fijado en momentos anteriores del proceso. No puede recurrirse a ellas torticeralemente para intentar subsanar –sorteando de mala fe las reglas de la preclusión– una omisión que, cuando no hay interés público alguno en liza, se decide con arreglo a las normas de carga de la prueba (no decaídas en esta materia, desde luego, con la derogación del art. 12.6.II CC, cuyo contenido pasa a la LEC).

4. Cuando las partes fracasan en la acreditación del Derecho extranjero, hay tres conocidas posibilidades (dejando de lado la inadmisión o la resolución por equidad): investigar de oficio y aplicar el Derecho extranjero; aplicar la *lex fori*; y desestimar la demanda. Para determinar qué solución es preferible en el caso concreto hay que distinguir:

- Si en el asunto se ventila un interés público, entonces deberá investigarse de oficio el Derecho extranjero (extremando esfuerzos) y, si consigue el Tribunal conocerlo suficientemente (o presumirlo con un razonable grado de acierto), aplicarlo. Si fracasa en esa tarea, debe aplicar la *lex fori*, especialmente si está involucrado el interés superior de un menor o de una persona con discapacidad necesitada de apoyo (le haya sido provisto o no).
- Si, por el contrario, no hay interés público en el asunto, entonces las partes deberán pechar con las consecuencias que las reglas de la carga de la prueba prevén cuando no han logrado acreditar lo que convenía a su posición.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano: «La ausencia de prueba del derecho extranjero», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, núm. 1, 1989, pp. 73 ss.
- «La prueba del derecho extranjero ante los Tribunales españoles», *Revista general de Derecho*, núm. 541-542, 1989, pp. 6247 ss.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: «La prueba del Derecho consuetudinario», *Estudios de Derecho procesal*, Góngora, Madrid, 1934, pp. 429 ss.
- ALOMAR MARTÍN, Carmen Dolores: «Alegación y prueba del Derecho extranjero: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm. 1, 2022, pp. 560 ss.
- ALONSO FURELOS, Juan Manuel: «Evolución histórica de la aplicación del derecho extranjero en el proceso civil español», *Revista de Derecho UNED*, núm. 22, 2018, pp. 41 ss.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume: *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ÁLVAREZ AGOUÉS, Laura: «Control de oficio de la competencia judicial internacional, determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial y concreción del alcance y carga de la prueba del Derecho extranjero. A propósito de la sentencia núm. 1402/2021 de la Audiencia Provincial de Málaga», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm., 2022, pp. 916 ss.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LIV, núm. 1, 2002, pp. 205 ss.
- BELINTXON MARTÍN, Unai: «Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 4.ª), núm. 54/2018, de 10 de abril. Un apunte sobre la prueba del Derecho extranjero en un procedimiento de medidas cautelares», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 685 ss.
- BENEYTO, Kilian: «Prueba e información del derecho extranjero», en JIMÉNEZ FORTEA, F. J. (coord.), *La cooperación jurídica internacional civil y mercantil más allá de la UE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 157 ss.
- BROGGINI, Gerardo: «Die Maxime, iura novit curia» und das ausländische Recht – Ein Beitrag zur Präzisierung des § 293 ZPO», *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 155, 1956, pp. 469 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis: «La aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2016, pp. 133 ss.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Cinco años después de la LEC 1/2000: algunos interrogantes en torno a la prueba del derecho extranjero», *Revista de la Facultad de Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, núm. 1, 2006, pp. 1 ss.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 1971.
- CERRATO GURI, Elisabet: «El problema de la carga de la prueba del Derecho extranjero», *Justicia-Revista de Derecho procesal*, núm. 1-2, 2011, pp. 97 ss.
- «La prueba del derecho extranjero: un problema que sigue sin resolverse», *Justicia-Revista de Derecho procesal*, núm. 1, 2016, pp. 303 ss.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CON LAS NOTAS DE VÉLEZ SARSFIELD Y LEYES Y DECRETOS COMPLEMENTARIOS, Ed. al cuidado de Luis Alberto Estivill, Editor Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1975.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil internacional (ordenamiento español)*, EDERSA, Madrid, 1981.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal civil. Parte general*, 12.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- CUARTERO RUBIO, María Victoria: «Prueba del derecho extranjero y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 21 ss.
- DIAGO DIAGO, María del Pilar: «La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XVII, 2017, pp. 533 ss.
- DÖLLE, Hans: «Über die Anwendung fremden Rechts», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, s/n., 1957, pp. 56 ss.
- ESPINAR VICENTE, José María: *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2008.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos: «La aplicación del Derecho extranjero en Iberoamérica y la Unión Europea: paralelismos desde la diferencia», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 31, 2021, pp. 14 ss.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos, y PALAO MORENO, Guillermo: *Derecho internacional privado*, 17.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana (dir.): *Comentario a la ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Wolters Kluwer – Bosch, Barcelona, 2017. [Cit. por autor].
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: «¿Falta de interés casacional en la aplicación judicial del Derecho extranjero? La doctrina jurisprudencial dominante y el problema del interés casacional», *Justicia-Revista de Derecho procesal*, núm. 1, 2021, pp. 19 ss.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: «Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el Título Preliminar del Código Civil», *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 2, 1975, pp. 43 ss.
- HAMBURGER LEITLINIEN ZUR ERMITTLEMENT UND ANWENDUNG AUSLÄNDISCHEN RECHTS IN DEUTSCHEN VERFAHREN FÜR GERICHTE, *Sachverständige und Parteien*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, 2023.
- HERRERO RUBIO, Alejandro: «Problemática de la aplicación del Derecho extranjero», *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 4, 1977 - 1978, pp. 137 ss.
- JUNKER, Abbo: *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl, C.H. Beck, München, 2021.
- LAGENBECK, Wilhelm, «Ueber das Wesen der Notorietät und ihre Bedeutung im Civilprozesse», *Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol.4, 1882, pp. 470 ss.
- MARTÍN OSTOS, José, «Artículo 281», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando. Pedro y PALAO MORENO, Guillermo (dirs.): *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Registradores de España – Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. [Cit. por autor].
- MIRALLES SANGRO, Pedro Pablo: *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Dykinson, Madrid, 2007.
- MORENO CATENA, Víctor: «Artículo 281. Objeto y necesidad de la prueba», en ESCRIBANO MORA, Fernando (coord.) et al., *El proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MORÓN PALOMINO, Manuel: «Problemática del derecho extranjero en casación», *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2, 2001, pp. 383 ss.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: «Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc. — Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el incum-

- plimiento contractual y el concepto de «efficient breach», *InDret*, núm. 2/2012, pp. 1 ss.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: *Alegación y medios de prueba del Derecho extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- PARDO IRANZO, Virginia: «Cooperación jurídica internacional en materia civil: problemática general tres años y medio después de la entrada en vigor de la Ley 29/2015», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48, 2019, pp. 1 ss.
- PÉREZ VOITURIEZ, Antonio: «La nueva Ley de enjuiciamiento civil en la aplicación del Derecho extranjero», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2001, pp. 435 ss.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «Causas de la falta de aplicación del Derecho extranjero», *Justicia – Revista de Derecho procesal*, núms. 1 - 2, 2011, pp. 67 ss.
- PRIDA, Joaquín: *Derecho internacional privado*, Imprenta, Librería, Heliografía y Fotograbados de José Manuel de la Cuesta, Valladolid, 1896.
- PRIETO CASTRO, Leonardo: *Derecho procesal civil*, Tomo I, Librería General, Zaragoza, 1946.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: «La prueba del derecho extranjero», *Revista jurídica de Cataluña*, Vol. 79, núm. 3, 1980, pp. 659 ss.
- RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: «La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 234 ss.
- SAUER, Wilhelm: *Grundlagen des Prozeßrechts*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1929 (reimpresión en Scientia Verlag, Aalen, 1970).
- *Allgemeine Prozessrechtslehre – Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis*, Berlin – Detmold – Köln – München, 1951.
- SILBERZAHN, Cathrin: *Das Konzept einer allgemeinen Prozessrechtslehre in Gesetzgebung und Rechtsdogmatik – Eine analyse ausgewählter prozessualer Institute*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021.
- STEIN, Friedrich: *Das private Wissen des Richters – Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1893 [Hay traducción al español de Andrés DE LA OLIVA SANTOS, (3.^a ed., Temis, Bogotá, 2018)].
- TORRES CAMPOS, Manuel: *Principios de Derecho internacional privado o de Derecho extraterritorial de Europa y América*, Imprenta de Santiago Arranz y Compañía, Madrid, 1883.
- YBARRA BORES, Alfonso: «La prueba del Derecho extranjero y el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm. 1, 2022, pp. 525 ss.
- YBARRA BORES, Alfonso, y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: «Las nuevas reglas sobre información y prueba del derecho extranjero en el sistema español de derecho internacional privado», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 49, núm. 150, 2017, pp. 1351 ss.
- WEGHER OSCI, Florencia Soledad: «Da mihi factum dabo tibi ius. Notas sobre la aplicación del derecho extranjero en casos iusprivatistas multinacionales y su vinculación con el acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial de la República Argentina», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIX, 2019, pp. 483 ss.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Pandemia, caso fortuito y arrendamiento de locales comerciales*

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI¹

Profesor titular de Derecho civil
Universidad Diego Portales

ÁLVARO VIDAL OLIVARES²

Profesor titular de Derecho civil
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El arrendatario de un local comercial se ve impedido por un acto de autoridad dictado con ocasión de la pandemia de COVID-19, de usar y gozar de la cosa para el fin para el cual la arrendó. Frente a esta situación: ¿puede alegar un incumplimiento contractual del arrendador? Nuestro aporte es desde el ámbito chileno y consiste en mostrar cómo se ha desenvuelto allí la discusión, presentando la opinión de los tribunales superiores de la justicia y de la doctrina. Luego, justificamos por qué, en nuestra opinión, sí que hay un incumplimiento del arrendador y que es el incumplimiento lo que mejor explíca las sentencias más relevantes de la Corte Suprema a este respecto.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular núm. 1221864 titulado «Revisión dogmática e histórica para una relectura de las reglas del arrendamiento de cosas en el derecho privado: hacia la modernización del contrato de arrendamiento en Chile», donde Álvaro Vidal es investigador responsable e Íñigo de la Maza es coinvestigador.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular núm. 1231292 titulado «El riesgo como elemento articulador de la responsabilidad civil extracontractual», donde Álvaro Vidal es coinvestigador.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia español: «La inaplazable modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil español», donde los autores son coinvestigadores.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España «La protección del consumidor en la era digital», donde los autores son coinvestigadores.

¹ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Diego Portales, *Master in the Science of Law, The Leland Stanford Junior University*. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesor titular de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correo electrónico: iñigo.delamaza@udp.cl ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6239-2837>.

² Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesor titular de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alvaro.vidal@pucv.cl ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5362-9310>.

PALABRAS CLAVES*Arrendamiento, Caso fortuito, Incumplimiento.*

Pandemic, force majeure and lease of commercial premises

ABSTRACT

The tenant of a commercial premises is prevented by an act of authority dictated on the pandemic of COVID-19, to use and enjoy the thing for the purpose for which it was rented. In view of this situation, can it allege a breach of contract by the lessor?. Our contribution is from the Chilean sphere and consists in showing how the discussion has developed there, presenting the opinion of the higher courts of justice and doctrine. Then, we justify why there is a breach of the landlord and that it is the breach that best explains the most important judgments of the Supreme Court in this regard.

KEY WORDS*Lease, Force Majeure, Breach*

SUMARIO: I. *Introducción*.–II. *Primera Parte*. 1. Las sentencias de los tribunales superiores chilenos. 2. La doctrina chilena.–III. *Segunda parte*. 1. Las opiniones que no consideran explícitamente el incumplimiento. A) La doctrina escéptica. B) El artículo 1932 CC. 2. La situación en clave de incumplimiento. 3. Revisando las sentencias de la Corte Suprema. 4. Un par de comentarios relativos a la suspensión.–IV. *Conclusión*.–*Bibliografía*.–*Jurisprudencia citada*.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo consiste en responder con cargo a normas del derecho civil chileno a la siguiente pregunta: ¿existe un incumplimiento de las obligaciones del arrendador de locales comerciales cuando, por un caso fortuito, el arrendatario se ve impedido de utilizar la cosa?

Procedemos de la siguiente manera. En primer lugar, prestamos atención a la forma en que los tribunales superiores de justicia han resuelto la cuestión en Chile. Generalmente, se trata de demandas de terminación del contrato de arrendamiento por no pago de rentas. Frente a este tipo de solicitudes, los tribunales evalúan el impacto de las decisiones de autoridad que impidieron hacer uso de la cosa sobre las obligaciones de las partes. A este respecto, resultan de especial interés dos sentencias de la Corte Suprema cuyo contenido resolutivo es idéntico y que resuelven la situación con cargo al artículo 1932³ del Código Civil (en adelante, CC).

En segundo lugar, consideramos las opiniones de los autores, ya sea respecto del problema que nos ocupa o a propósito de las dos sentencias a las que acabamos de aludir. Agrupamos estas opiniones según quienes estiman que no ha existido incumplimiento, quienes, sin descartar explícitamente el incumplimiento no lo consideran, sirviéndose del artículo 1932 CC para el caso en cuestión y, en fin, quienes estiman que la situación debe procesarse según las reglas del incumplimiento contractual.

Entre estos últimos nos encontramos nosotros. Respecto del incumplimiento, argumentamos por qué, a nuestro juicio, es la alternativa más persuasiva y, en fin, procuramos mostrar por qué es la mejor guía de lectura de las sentencias de la Corte Suprema que emplean el artículo 1932 CC para administrar la situación.

Finalmente, examinamos un par de cuestiones que suscitan los remedios en estos casos.

II. PRIMERA PARTE

En la primera parte de este trabajo comenzamos considerando cómo resolvieron los tribunales superiores de justicia chilenos casos en los cuales el arrendatario de un local comercial se vio impedido de utilizarlo por un caso fortuito, consistente en un acto de autoridad.

³ Para mayor comodidad del lector, se indica el tenor de los artículos del Código Civil chileno citados:

Art. 1932 CC. «El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aun a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aun en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario.

Si el impedimento para el goce de la cosa es parcial o si la cosa se destruye en parte, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta.»

1. LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES CHILENOS

La primera de las sentencias es de 29 de noviembre de 2021⁴, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Se trataba de una demanda de terminación de contrato de arrendamiento por no pago de rentas. El tribunal de primera instancia la acogió. La Corte estimó que el COVID-19 satisfacía los requisitos del caso fortuito y revocó la sentencia, en los siguientes términos:

«Que las circunstancias antes consignadas, constituyen en concepto de esta Corte, un caso de fuerza mayor, previsto en el artículo 45⁵ del Código Civil, toda vez que se trata de un imprevisto, ajeno a los contratantes, imposible de resistir, que en este caso se traduce en la imposibilidad temporal de usar la cosa arrendada, para su fin natural o convencional, ante sucesivas medidas de organismos estatales competentes, que han suspendido el desarrollo de una actividad comercial, lo que por ende ha incidido en una merma en los ingresos monetarios del recurrente. Ello ha derivado en un incumplimiento en el pago de rentas, durante un periodo acotado de tiempo, coincidente con las medidas compulsivas decretadas por la autoridad. Bajo tales circunstancias, y habiéndose visto impedido de usar el local arrendado, para el fin pretendido, no corresponde imponerle al arrendatario el pago de las rentas insolubles por el periodo de marzo de 2020 a noviembre del mismo año, por lo que se accederá a eximirlo de dicha obligación.»

La segunda sentencia es la Corte de Apelaciones de Concepción, de 3 de marzo de 2022⁶. La sentencia de primera instancia declaró terminado el contrato de arrendamiento por no pago de la renta y condenó a la arrendataria a pagar las rentas adeudadas. La arrendataria apeló señalando como infringido el artículo 1552 CC⁷, pues no había podido utilizar la propiedad arrendada y, de esa manera, se había incumplido la obligación del arrendador del artículo 1924 CC⁸.

En su sentencia, el tribunal de alzada señala lo siguiente:

⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de noviembre de 2021, Rol núm. 787-2021.

⁵ Art. 45 CC. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, 3 de marzo de 2022, Rol núm. 1006-2021.

⁷ Art. 1552 CC. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

⁸ Art. 1924 CC. El arrendador es obligado:

1.^º A entregar al arrendatario la cosa arrendada;

2.^º A mantenerla en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendada;

3.^º A librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada.

«Lleva la razón la arrendataria cuando afirma la existencia de un incumplimiento objetivo, de parte de la arrendadora, respecto de su obligación de mantener el inmueble en estado de servir al fin comercial que motivó la celebración del contrato y que el caso fortuito antes aludido sólo produce el efecto liberatorio de suspender la obligación y su exigibilidad mientras dure, así como el efecto exoneratorio de responsabilidad, relativo a la obligación de indemnizar eventuales perjuicios, quedando a salvo a la arrendataria otros remedios jurídicos, tales como la resolución del contrato, la adecuación de la renta y la excepción del contrato no cumplido, que equivale a la suspensión del pago de la misma, siendo esta última la herramienta jurídica utilizada por la demandada.

Efectivamente, es errado sostener que no hubo incumplimiento de la arrendadora por efecto del caso fortuito y desde ahí rechazar la excepción de contrato no cumplido.

Adscribimos a una noción de incumplimiento contractual amplia y objetiva, entendiéndolo como un mínimo común denominador de todos los remedios jurídicos que se hacen operativos frente a los efectos de un caso fortuito en el contrato de que se trata. Noción que permite la convivencia del incumplimiento contractual con el caso fortuito, o sea un incumplimiento causado por el caso fortuito. Por regla general el caso fortuito no elimina el incumplimiento contractual de quien lo padece. Así las cosas, respecto del deudor de la obligación afectada (en la especie, mantener la cosa en estado de servir a los fines del contrato), los efectos son liberarlo del cumplimiento de su obligación y exonerarlo de la obligación de indemnizar. En tanto que, respecto del acreedor de la obligación afectada por el caso fortuito, si bien no puede exigir su cumplimiento específico, ni pedir una indemnización de perjuicios, dispondrá de los demás remedios, en la medida en que se satisfagan sus respectivos requisitos de procedencia (Íñigo de la Maza y Álvaro Vidal en "Los efectos del incumplimiento contractual causado por caso fortuito en tiempos de pandemia COVID 19", Revista de Derecho Civil, Volumen VII, núm. 3, abril junio de 2020, pp. 123 161).»

Sin embargo, no da lugar a la excepción de contrato no cumplido, ya que estima que no se cumple con el requisito de la proporcionalidad.

La tercera sentencia, esta vez es de la Corte Suprema, es de 28 de julio de 2022⁹. Como en los casos anteriores, se trata de una demanda de terminación de arrendamiento por no pago de la renta acogida por el tribunal de instancia, sin embargo, en este caso se eximió al arrendatario del pago de las rentas comprendidas entre los meses de abril y agosto del año 2020. Apelada la sentencia por el demandante, la Corte de Apelaciones de Santiago la revocó, declarando que se debían todas las rentas impagadas.

⁹ Corte Suprema, 28 de julio de 2022, Rol núm. 85755-2021.

Conociendo del recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema se refiere a las aportaciones de varios autores en los siguientes términos:

«Para el profesor Rodrigo Momberg Uribe, dos doctrinas pueden ser de ayuda a los arrendatarios que hayan visto alterado el uso y goce de la cosa arrendada por un hecho sobrevenido. La teoría de la frustración del fin del contrato y la teoría de la desaparición de la causa. En su concepto, ambas son complementarias, y de hecho, la primera, cuyo origen está en el *common law*, puede ser explicada en el derecho continental por medio de la segunda.

Para este autor, si como consecuencia de un hecho externo, sobrevenido imprevisible, cuyo riesgo no ha sido asumido por la parte afectada, la prestación que recibe ha perdido completa utilidad en relación con el propósito práctico perseguido con la ejecución del contrato, se habrá frustrado el fin del contrato, habiendo desaparecido la causa de su propia obligación. Ello trae como consecuencia, normalmente, la terminación del contrato. Sin embargo, aclara, en caso de que los hechos que motivan la frustración sean temporales, podría sostenerse que al igual como sucede con la fuerza mayor de carácter transitoria, las obligaciones de las partes quedan suspendidas hasta que cesen tales circunstancias. Especifica que la frustración deberá ser total, es decir, afectar completamente el propósito perseguido por el acreedor. Si la ejecución del contrato aún es útil para el arrendatario, aunque sea parcialmente, no se ha producido la frustración del mismo, y deberá cumplir con su obligación de pagar la renta.

Descarta este autor la fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad para el arrendatario. Afirma que es insostenible plantear que respecto a la obligación de pagar la renta pueda concurrir el requisito de la irresistibilidad, atendido que las obligaciones de dinero son por definición obligaciones de género, siendo, además, el dinero una cosa fungible. En otras palabras, según este profesor, el cumplimiento de una obligación de dinero no puede hacerse imposible, ya que siempre será factible jurídicamente para el deudor pagar. El dinero no se extingue, y el riesgo de disponer de una cantidad suficiente para pagar es del deudor. Esta posición, es compartida por el profesor Mauricio Tapia, para quien el COVID 19 cumple, en general y abstracto, con los tres requisitos del caso fortuito, sin embargo, juega en favor del arrendador, pues, por medidas de autoridad, ajenas a él, no se puede abrir el local que él entregó en arriendo. Sostiene este autor que el arrendatario, en principio sigue obligado al pago de la renta, porque el dinero no perece y, en teoría, siempre es posible endeudarse para pagar (V. Momberg Uribe, Rodrigo: "La obligación del arrendatario durante la pandemia por Coronavirus", en <https://www.pucv.cl/uua/derecho/noticias/la-obligacion-del-arrendatario-durante-la-pandemia-por-coronavirus>; y Tapia R., Mauricio: "El COVID 19 es un caso fortuito?". En <http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/el-covid-19-es-un-caso-fortuito-mauricio-tapia>).

Que, a su turno, los profesores Álvaro Vidal e Íñigo de la Maza, sostienen que a la luz de las reglas del Código Civil chileno artícu-

los 1928¹⁰ y 1932¹¹ se reconoce al arrendatario el derecho a reducir la renta cuando por una anomalía de la cosa en este caso jurídica, se ve impedido parcialmente en forma temporal o definitiva de usar la cosa para el destino que la que fue arrendada. Afirman estos autores que el derecho a la reducción del precio, fuera de constituir una adecuación temporal o definitiva del contrato de un elemento esencial, implica la liberación parcial de la obligación del arrendatario de pagar la renta y que la razón por la que se le libera parcialmente de la obligación, es que, por una anomalía jurídica, ha disminuido el uso de la cosa para el fin que fue arrendada y tal liberación parcial de la obligación se mantendrá hasta que cese aquella anomalía que impide su uso.

Afirmar que la excepción de contrato no cumplido en los arrendamientos comerciales, respecto de la obligación de pagar la renta, no suspende su cumplimiento, sino que libera al deudor de pagarlo mientras se mantengan las consecuencias del caso fortuito motivado por la epidemia (Vidal Olivares, Álvaro y De la Maza Gazmuri, Iñigo: "Excepción de contrato no cumplido en los arrendamientos comerciales". En <https://idealex.press/excepcion-contrato-no-cumplido-arrendamientos-comerciales/>).

En tanto que para el profesor Jaime Alcalde, en la situación que se analiza, hay un caso que se asimila a la destrucción de la cosa, puesto que ella también se produce cuando desaparece la aptitud de ésta para el objeto a que según su naturaleza o el contrato se destina, con la particularidad de que esa imposibilidad de goce tiene un efecto temporal o relativo, y no definitivo o absoluto. Eso significa que ese hecho no pone fin al contrato, sino que suspende su eficacia para evitar que se produzca un desequilibrio patrimonial de las partes. Agrega este autor que el arrendamiento es un contrato con-

¹⁰ Art. 1928 CC. El arrendador en virtud de la obligación de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo, no podrá, sin el consentimiento del arrendatario, mudar la forma de la cosa arrendada, ni hacer en ella obras o trabajos algunos que puedan turbarle o embarazarle el goce de ella.

Con todo, si se trata de reparaciones que no puedan sin grave inconveniente diferirse, será el arrendatario obligado a sufrirlas, aun cuando le priven del goce de una parte de la cosa arrendada; pero tendrá derecho a que se le rebaje entre tanto el precio o renta, a proporción de la parte que fuere.

Y si estas reparaciones recaen sobre tan gran parte de la cosa, que el resto no aparezca suficiente para el objeto con que se tomó en arriendo, podrá el arrendatario dar por terminado el arrendamiento.

El arrendatario tendrá además derecho para que se le abonen los perjuicios, si las reparaciones procedieren de causa que existía ya al tiempo del contrato, y no era entonces conocida por el arrendatario, pero lo era por el arrendador, o era tal que el arrendador tuviese antecedentes para temerla, o debiese por su profesión conocerla.

Lo mismo será cuando las reparaciones hayan de embarazar el goce de la cosa demasiado tiempo, de manera que no pueda subsistir el arrendamiento sin grave molestia o perjuicio del arrendatario.

¹¹ Art. 1932 CC. El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aun a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aun en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario.

Si el impedimento para el goce de la cosa es parcial o si la cosa se destruye en parte, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta.

mutativo y, por ende, las prestaciones de las partes deben propender hacia aquella equivalencia que ellas previeron al contratar según el artículo 1441 Código Civil¹².

Explica que el goce de la cosa se mira como equivalente de la renta, de suerte que, si el primero no se puede obtener, tampoco hay un deber de pagar dicha renta por todo el tiempo que dure ese impedimento, puesto que de ocurrir se produciría un enriquecimiento injustificado. Tal es la regla que da el artículo 1932 Código Civil, siempre que el hecho sea completamente ajeno al arrendatario. Señala que esto no sucede, por ejemplo, cuando la explotación de un determinado giro depende de los anhelos de éste, pero no de su situación objetiva, como si abre el restaurante sin contar con los permisos y patentes respectivas. Entonces, y salvo que se haya convenido una moratoria en el propio contrato, la renta se sigue devengando mes a mes, según lo estipulado. Concluye que de esto no se sigue que el arrendador no pueda pedir la restitución del inmueble. Afirma que siempre lo puede hacer, observando los requisitos que estipule el contrato o aquellos que establece la Ley 18.101. Cuestión aparte, indica, es que, judicializada la restitución, el arrendador no pueda exigir el pago de la renta por el tiempo que estuvieron vigentes las prohibiciones de apertura, puesto que el riesgo operó de la manera antes expuesta.

Nada impide igualmente que las partes renegocien el contrato y convengan una suerte de pago con beneficio de competencia por un determinado plazo respecto de las rentas futuras a modo de transacción (Alcalde Silva, Jaime: "Asignación de riesgos en tiempos de COVID 19: una mirada desde el Arrendamiento". En <http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho uc en los medios/25143> profesor jaime alcalde asignación de riesgos en tiempos de COVID19 una mirada desde el arrendamiento).

En fin, para el profesor Hernán Corral Talciani, no es necesario recurrir a ninguna de estas teorías. Afirma este autor que la solución reside en aplicar directa y no analógicamente la regla del artículo 1932 del Código Civil, ya sea que se le entienda como distribución de riesgos por caso fortuito que impide transitoriamente el cumplimiento de la obligación del arrendador, o porque se está frente una norma que excepcionalmente permite terminar o revisar el contrato por un cambio de circunstancias que impide temporalmente que el arrendatario use la cosa para el fin para el cual la arrendó (frustración del fin del contrato, desaparición de la causa o de la comutatividad). V. Corral Talciani, Hernán: "Pandemia, obligaciones y contratos: nuevas soluciones para nuevos problemas". En Revista Jurídica Digital, UANDES 4/1 (2020).»

A continuación, la Corte estima que el COVID-19 cumple, en abstracto, con los requisitos del caso fortuito, al igual que las medidas tomadas por la autoridad. Añade que, para resolver el recurso

¹² Art. 1441 CC. El contrato oneroso es comunitativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

es necesario adentrarse en la exégesis del artículo 1932 CC y señala que, pese a que cierta doctrina estima que la norma se limitaría a defectos materiales, otro sector (cita aquí a Orrego Acuña) ha comprendido también otros de carácter jurídico, posición que ha sido seguida los tribunales superiores de justicia; expone lo siguiente:

«Este alcance que se da a la expresión "calidad", no es desconocido por la Jurisprudencia. Este tribunal ha empleado el artículo 1932 del Código Civil para enfrentar cuestiones relacionadas con actos externos. Tal es el caso referido al arrendamiento de un inmueble que se dedicaría a un jardín infantil, donde la arrendadora autorizó expresamente a la arrendataria a solicitar al ente edilicio el cambio de destino del inmueble. Sin embargo, el permiso fue denegado toda vez que el inmueble no cumplía con las normas relativas a los permisos ni con las relativas a la recepción de obras (Corte Suprema, 29 de septiembre de 2003, rol núm. 4213 2002); otro ejemplo, se arrendó un departamento para un uso diverso del que permitía el condominio en el que se encontraba, por lo mismo, el arrendatario no pudo destinar el inmueble al uso que garantizaba el contrato (Corte Suprema, 13 de agosto de 2015, rol núm. 7205 2015); y la situación en que se arrendó un inmueble para dedicarlo a actividades educacionales; sin embargo, en la recepción definitiva de edificaciones realizadas en el inmueble anterior al contrato de arrendamiento, se señalaba que se excluían las actividades de educación (Corte Suprema, 6 de octubre de 2016, rol núm. 55067 2016). En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de noviembre de 2007, rol núm. 3073 2003, en que se desestimó el recurso de casación.

De este conjunto de sentencias, los profesores De la Maza Gazmuri y Ulloa Valenzuela infieren que al menos en los últimos años, la tutela del arrendatario no solo alcanza a cuestiones que se podrían denominar de disconformidad material, es decir, aquellas en que la materialidad de la cosa no termina de adecuarse a lo que exige el contrato, sino que, además, cubren aspectos de disconformidad jurídica. Y dentro de estos aspectos, encontramos no solo la presencia de derechos de terceros según lo dispone el artículo 1931¹³, sino que, también, lo que denominan "vicios jurídicos", cuya peculiaridad es que se trata de cuestiones que no afectan a la materialidad de la cosa, sino a su situación legal en términos que impiden u obstaculizan aquello que garantiza el contrato al arrendatario. De lo que concluyen que frente a la presencia de un vicio jurídico, la tutela de arrendatario queda determinado por el régimen de los artículos 1932 a 1937¹⁴, es decir, por parte de las nor-

¹³ Art. 1931 CC. La acción de terceros que pretendan derecho a la cosa arrendada, se dirigirá contra el arrendador.

El arrendatario será sólo obligado a notificarle la turbación o molestia que reciba de dichos terceros, por consecuencia de los derechos que alegan, y si lo omitiere o dilatare culpablemente, abonará los perjuicios que de ello se sigan al arrendador.

¹⁴ Art. 1933 CC. Tendrá además derecho el arrendatario, en el caso del artículo precedente, para que se le indemnice el daño emergente, si el vicio de la cosa ha tenido una causa anterior al contrato.

mas que disciplinan la obligación del arrendador de mantener la cosa en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada (De la Maza Gazmuri, Íñigo y Ulloa Valenzuela, Pablo: "La tutela del arrendatario frente a las turbaciones jurídicas en el arrendamiento de inmuebles". En Revista Ius et París, Año 24, núm. 3, 2018, pp. 784 786). Por la aplicación directa del artículo 1932 del Código Civil, está el profesor Hernán Corral Talciani (v. Corral Talciani, Hernán. ob. cit.)».

Finalmente, concluye:

«Que, en lo que toca a la consecuencia jurídica que se imputa a la ocurrencia del supuesto de hecho descrito en el párrafo que antecede, tratándose de un riesgo relacionado con la cosa que, como tal, es de cargo del arrendador, permite al arrendatario la suspensión de la contra prestación que es el pago de la renta convenida. Recuérdese que en todos los casos en que no resulta aplicable el artículo 1550¹⁵ del Código Civil se debe recurrir a la denominada "buena doctrina", la que pone de cargo del dueño el riesgo de la cosa, de manera que será el arrendador, en su calidad de propietario o titular de la res, quien deba soportar el costo por el cierre del inmueble arrendado, dispuesto por la Autoridad Sanitaria. Además, el embarazo o perturbación en el uso que se analiza es asimilable a la destrucción de la cosa, puesto que ella, también, se produce cuando desaparece la aptitud de ésta para el objeto a que, según su naturaleza o el contrato, se destina, con la particularidad de que la imposibilidad dispuesta por la autoridad pública por razones de salud al ser esencialmente transitoria, genera un efecto temporal o

Y si el vicio era conocido del arrendador al tiempo del contrato, o si era tal que el arrendador debiera por los antecedentes preverlo o por su profesión conocerlo, se incluirá en la indemnización el lucro cesante.

Art. 1934 CC. El arrendatario no tendrá derecho a la indemnización de perjuicios, que se le concede por el artículo precedente, si contrató a sabiendas del vicio y no se obligó el arrendador a sanearlo; o si el vicio era tal, que no pudo sin grave negligencia de su parte ignorarlo; o si renunció expresamente a la acción de saneamiento por el mismo vicio, designándolo.

Art. 1935 CC. El arrendador es obligado a reembolsar al arrendatario el costo de las reparaciones indispensables no locativas, que el arrendatario hiciere en la cosa arrendada, siempre que el arrendatario no las haya hecho necesarias por su culpa, y que haya dado noticia al arrendador lo más pronto, para que las hiciese por su cuenta. Si la noticia no pudo darse en tiempo, o si el arrendador no trató de hacer oportunamente las reparaciones, se abonará al arrendatario su costo razonable, probada la necesidad.

Art. 1936 CC. El arrendador no es obligado a reembolsar el costo de las mejoras útiles, en que no ha consentido con la expresa condición de abonarlas; pero el arrendatario podrá separar y llevarse los materiales, sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales considerándolos separados.

Art. 1937 CC. En todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario, no podrá éste ser expelido o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador.

Pero no se extiende esta regla al caso de extinción involuntaria del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada.

¹⁵ Art. 1550 CC. El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos, será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega.

relativo. En palabras del profesor Alcalde, no significa el fin del contrato, sino que suspende su eficacia para evitar que se produzca un desequilibrio patrimonial de las partes. Para este autor, siendo el arrendamiento un contrato conmutativo, las prestaciones de las partes deben propender hacia aquella equivalencia que ellas previeron al contratar, donde el goce de la cosa se mira como equivalente de la renta, de suerte que, si el primero no se puede obtener, tampoco hay un deber de pagar dicha renta por todo el tiempo que dure ese impedimento, puesto que de ocurrir se produciría un enriquecimiento injustificado (v. Alcalde Silva, Jaime. ob. cit.). A esta solución arriban también los profesores Álvaro Vidal e Íñigo de la Maza, para quienes el derecho a la reducción del precio a que se refiere el inciso segundo del artículo 1932 del Código Civil, fuera de constituir una adecuación temporal o definitiva del contrato de un elemento esencial, implica la liberación parcial de la obligación del arrendatario de pagar la renta (v. Vidal Olivares, Álvaro y De la Maza Gazmuri, Íñigo: "Excepción de contrato no cumplido en los arrendamientos comerciales". ob. cit.)».

La cuarta sentencia es, también, de la Corte Suprema, de 1 de agosto de 2022¹⁶. De igual modo trata de una demanda de terminación de contrato de arrendamiento por no pago de rentas acogida por el tribunal de primera instancia y confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Tanto los argumentos como la decisión de la Corte Suprema son los mismos que los del fallo anterior.

La última sentencia es de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de junio de 2023¹⁷. En este caso, señala la Corte que el contrato se encontraba terminado y el inmueble restituido al arrendador. Sin embargo, se adeudaban rentas, y eso es lo que solicita el arrendador; la sentencia de primera instancia se las concede.

El tribunal de alzada estima que los contratos son instrumentos de distribución de riesgo y que, por lo mismo, debe determinarse cómo se distribuye el riesgo de la pandemia COVID-19. Para determinar dicha distribución, estima lo siguiente:

«(...) en circunstancias normales el riesgo [de no poder utilizar la cosa] es del arrendatario, pero la excepcionalidad de la situación que acarreó la pandemia del COVID-19 se puede asimilar a la destrucción de la cosa, puesto que ella también se produce cuando desaparece la aptitud de ésta para el objeto a que según su naturaleza o el contrato se destina (artículo 1486, inc. 3.º Código Civil¹⁸). Esto

¹⁶ Corte Suprema, 1 de agosto de 2022, Rol núm. 49739-2021.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de junio de 2023, Rol núm. 16955-2022.

¹⁸ Art. 1486 CC. Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio, y a la indemnización de perjuicios.

Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio; salvo que el deterioro o disminución proceda

implica que, por sí mismo, ese hecho no puso fin al contrato, pero sí invitaba a revisar la eficacia de algunas de sus estipulaciones para evitar que se produzca un excesivo desequilibrio patrimonial de las partes.

Que sin perjuicio de lo hasta aquí razonado, cabe tener en cuenta que, como bien puntualiza la sentencia apelada, en este caso se dio por establecido como hecho de la causa que el arrendatario se hizo cargo en el contrato de los gastos que pudiere ocasionar el cumplimiento de órdenes o disposiciones impartidas por la autoridad durante la vigencia del contrato, y de los requisitos o exigencias legales o reglamentarias de cualquier naturaleza que dijeran relación con la instalación o funcionamiento del establecimiento (cláusula séptima), es decir, que en este caso el arrendatario tomó sobre si el riesgo de los actos de la autoridad.

Con lo anterior en cuenta, la consideración de los efectos de la pandemia como factor que determine la necesidad de redistribuir los riesgos difícilmente podría alcanzar a extenderse a una de las obligaciones esenciales del contrato, como es el pago de la renta.»

¿Qué se extrae de este conjunto de sentencias de los tribunales superiores?

Acaso lo primero es la fuerza de los hechos: los arrendatarios no pudieron utilizar la cosa arrendada y, por lo mismo, dejaron de pagar la renta. Frente a esto, los arrendadores demandaron la terminación del contrato y el pago de las rentas adeudadas.

Los tribunales superiores tendieron a solidarizarse con la situación de los arrendatarios y, de manera más o menos directa, acudieron a la disciplina de los riesgos sobrevenidos, generalmente, bajo el signo del caso fortuito y, en al menos una ocasión, asumiendo una noción amplia y neutra del incumplimiento contractual.

Las sentencias más importantes de este grupo son, con diferencia, las del 28 de julio de 2022 y de 1 de agosto de 2022. No es solo que sean de la Corte Suprema, sino que, además, en ellas la Corte, en comunicación con la doctrina, resuelve la situación que interesa a este trabajo: la situación de un arrendamiento de inmuebles en la que, por una situación jurídica sobrevenida de carácter imprevisible e irresistible, no resulta posible para el arrendatario –al menos por un tiempo– utilizar la cosa para el fin establecido en el contrato.

En esa situación, la pregunta es relativa al destino de la obligación de pago de la renta del arrendatario. Una pregunta cuya respuesta entraña la necesidad de justificación. En otras palabras, tan importante como la pregunta acerca de si debe o no seguir pagando

de culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir o que se rescinda el contrato o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro tendrá derecho a indemnización de perjuicios.

Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa.

la renta es por qué. Y la razón por la que no debe seguir pagando la renta es que el acto de autoridad ha impedido temporalmente el uso de la cosa para el fin que fue arrendada.

Se trata de una anomalía jurídica que afecta la calidad de la cosa en términos que, temporalmente, deja de estar en estado de servir para el fin que fue arrendada. No lo declara la Corte expresamente, sin embargo, una lectura detenida de fallo podría llevarnos a concluir que lo que no dice la sentencia sí lo describe. Al vincular la obligación de artículo 1924 núm. 2 CC con la disposición de artículo 1932 CC, que resulta aplicable porque, por una anomalía jurídica –el acto de autoridad– el arrendatario se ha visto impedido temporalmente de usar la cosa para el fin que fue arrendada, pareciera que la sentencia asume el incumplimiento de la obligación de arrendador. A diferencia de lo que sucede con la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que expresa directamente que el arrendador ha incurrido en un incumplimiento que el arrendador ha incurrido en un incumplimiento –objetivo– originado por un caso fortuito y declarar procedente, en abstracto, la excepción de contrato no cumplido.

2. LA DOCTRINA CHILENA

Las sentencias de la Corte Suprema han aligerado considerablemente el peso de exponer la opinión de la doctrina, sin embargo, no lo han eliminado. Por dos razones. La primera es porque hay algunos autores que no cita y, la segunda, porque aquellos que cita, en ocasiones sostienen algunas cuestiones no recogidas por las sentencias que, sin embargo, son de interés para nuestro tratamiento de la situación del contrato de arrendamiento.

El primero de los autores citado por las sentencias es Momberg Uribe¹⁹. Estima este autor que el arrendatario no puede alegar el caso fortuito, pues su obligación es de dinero, y agrega que:

«Asimismo, puede sostenerse que el arrendador no ha incumplido sus obligaciones, ya que la cosa se encuentra disponible para el arrendatario, sin perjuicio que por un hecho externo no pueda darle el uso que pretende.»

Añade que tampoco procedería la alteración sobrevenida de las circunstancias y, tal y como lo señala la Corte, estima procedente la frustración del contrato.

¹⁹ MOMBERG (2020a). Disponible en <https://www.pucv.cl/uuaa/derecho/noticias/la-obligacion-del-arrendatario-durante-la-pandemia-por-coronavirus>.

Los siguientes autores citados somos nosotros y, luego, Alcalde Silva. Este último autor, en una primera columna de 29 de abril de 2020²⁰, refiriéndose a un supuesto como los resueltos por la Corte Suprema, sostiene:

«En el caso que aquí se comenta, hay una situación que se asimila a la destrucción de la cosa, puesto que ella también se produce cuando desaparece la aptitud de ésta para el objeto a que según su naturaleza o el contrato se destina (artículo 1486 III CC²¹), con la particularidad de que esa imposibilidad de goce tiene un efecto temporal o relativo (toda prohibición de apertura por razones de salud pública es esencialmente transitoria), y no definitivo o absoluto. Eso significa que ese hecho no pone fin al contrato, sino que suspende su eficacia para evitar que se produzca un desequilibrio patrimonial de las partes. El arrendamiento es un contrato comunitativo y, por ende, las prestaciones de las partes deben propender hacia aquella equivalencia que ellas previeron al contratar (artículo 1441 CC). El goce de la cosa se mira como equivalente de la renta, de suerte que, si el primero no se puede obtener, tampoco hay un deber de pagar dicha renta por todo el tiempo que dure ese impedimento, puesto que de ocurrir se produciría un enriquecimiento injustificado. Tal es la regla que da el artículo 1932 CC, siempre que el hecho sea completamente ajeno al arrendatario. Esto no sucede, por ejemplo, cuando la explotación de un determinado giro depende de los anhelos de éste, pero no de su situación objetiva, como si abre el restaurante sin contar con los permisos y patentes respectivas. Entonces, y salvo que se haya convenido una moratoria en el propio contrato, la renta se sigue devengando mes a mes, según lo estipulado.

De esto no se sigue, por cierto, que el arrendador no pueda pedir la restitución del inmueble. Siempre lo puede hacer, observando los requisitos que estipule el contrato o aquellos que establece la Ley 18.101 (por ejemplo, modos de efectuar el desahucio y plazos de espera). Cuestión aparte es que, judicializada la restitución, el arrendador no pueda exigir el pago de la renta por el tiempo que estuvieron vigentes las prohibiciones de apertura, puesto que el riesgo operó de la manera antes expuesta. Nada impide igualmente que las partes renegocien el contrato y convengan una

²⁰ ALCALDE (2020a). Disponible en: <https://estadodiarario.com/columnas/asignacion-de-riesgos-en-tiempos-de-covid-19-una-mirada-desde-el-arrendamiento/>.

²¹ Art. 1486 CC. Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio, y a la indemnización de perjuicios.

Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentra, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio; salvo que el deterioro o disminución proceda de culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir o que se rescinda el contrato o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro tendrá derecho a indemnización de perjuicios.

Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa.

suerte de pago con beneficio de competencia por un determinado plazo respecto de las rentas futuras a modo de transacción.»

En su segunda columna²², profundiza acerca del artículo 1932 CC, indicando por qué, en su opinión, no se aplicaría a la situación del arrendatario que se encuentra impedido de gozar del local comercial por las medidas tomadas por la autoridad en virtud del COVID-2019. Indica este autor que el artículo 1932 se refiere a la materialidad de la cosa; de esta manera, no resultaría aplicable a las medidas de autoridad que impiden utilizarla. La opinión de Alcalde es la siguiente:

«(...) hay una solución que proviene de la propia naturaleza de las cosas (artículos 24 CC²³ y 170, núm. 5.º CPC), que surge de lo que el contrato significa como operación económica querida por las partes y regulada por el derecho. Si el arrendatario no puede gozar de la cosa arrendada porque un hecho imprevisto que no puede resistir lo impide, correlativamente el arrendador no puede exigir el pago de la renta porque se ha roto la commutatividad del contrato, la que debe existir mientras durante la vigencia del mismo. Es la misma idea que recoge el artículo 1932 CC, aunque la situación que aquí interesa no está contenida en los casos posibles que caben dentro de su supuesto de hecho porque ahí se trata de la destrucción que provoca el vicio propio de la cosa. La respuesta para el problema que las medidas sanitarias han provocado sobre el funcionamiento del comercio se encuentra en las reglas generales que componen la teoría del contrato, incluido el multifacético principio de buena fe (artículo 1546 CC). Basta leer el significado que el citado artículo 16, letra g) de la Ley 19.496 atribuye a la exigencias derivadas de este último: la buena fe refiere a parámetros objetivos y rechaza el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato (*rectius*: de su naturaleza), atendiendo para ello a su finalidad (la causa o propósito práctico del contrato) y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen (las reglas contractuales o legales que reparten los riesgos del contrato).»

El cuarto autor citado por la Corte Suprema es Corral Talciani²⁴. Según entiende, el artículo 1932 resulta aplicable en los siguientes términos:

²² ALCALDE (2020b). Disponible en: <https://estadodiario.com/columnas/de-nuevo-sobre-el-arrendamiento-de-locales-sobre-el-sentido-del-articulo-1932-del-codigo-civil-y-dos-celebres-casos-ingleses/>.

²³ Art. 24 CC. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

²⁴ CORRAL (2020). Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908430&Path=/0D/DC/>.

«Por nuestra parte, pensamos que no es necesario recurrir a ninguna de estas teorías (frustración del fin del contrato, incumplimiento y comutatividad) y que la solución reside en aplicar directa y no analógicamente la regla del art. 1932, ya sea que la entendamos como distribución de riesgos por caso fortuito que impide transitoriamente el cumplimiento de la obligación del arrendador, o porque se está frente una norma que excepcionalmente permite terminar o revisar el contrato por un cambio de circunstancias que impide temporalmente que el arrendatario use la cosa para el fin para el cual la arrendó (frustración del fin del contrato, desaparición de la causa o de la comutatividad).»

A continuación, el quinto autor citado es Tapia Rodríguez²⁵, quien sostiene lo siguiente respecto de los arrendamientos comerciales:

«Aquí el problema es distinto, porque muchos locales debieron cerrar por órdenes de autoridad, como restaurantes y negocios no considerados esenciales. El arrendatario, en tales casos, simplemente no puede utilizar el inmueble arrendado para desarrollar su comercio. Es lo que está ocurriendo masivamente en el caso de los malls. La cuestión es que el arrendador puso a disposición de los arrendatarios esos locales, quienes conservan sus productos y las llaves. El caso fortuito juega en favor del arrendador, pues, por medidas de autoridad, ajenas a él, no se puede abrir el local que él entregó en arriendo. El arrendatario, por su parte, en principio sigue obligado al pago de la renta, porque ya dijimos que el dinero no perece y, en teoría, siempre es posible endeudarse para pagar.

Aunque es complejo, podría alegarse que, no pudiendo ocupar el local y no pudiendo producir dinero, ambos compromisos están relacionados y deberían suspenderse. O incluso sostenerse que el impedimento es de tal envergadura, por lo prolongado del cierre, que el contrato perdió toda base y sentido, y debería terminar. Pero en Chile no hay mucha experiencia en esas medidas. En estos casos, lo que se sabe es que muchos han llegado a acuerdo con sus arrendadores, para suspender rentas durante el cierre a cambio de seguir pagando al menos los gastos comunes, pues hay que seguir manteniendo los centros comerciales y pagando la seguridad.»

Tales son los autores citados por la Corte Suprema en sus sentencias. A continuación, consideramos tres autores que han escrito trabajos académicos con posterioridad a las sentencias de la Corte Suprema citadas en este trabajo. El primero de ellos es Javier Rodríguez Díez²⁶.

El autor manifiesta ciertas dudas tanto respecto de la aplicación del artículo 1932 CC como de la aplicación de la excepción de contrato no cumplido. Por lo que toca a lo primero, entiende que «no

²⁵ TAPIA (2020), p. 244.

²⁶ RODRÍGUEZ (2022), pp. 253-269.

es completamente justo poner de cargo del arrendador cualquier caso fortuito que afecte la actividad del arrendatario»²⁷. Con todo, advierte que su opinión no es, necesariamente, que no proceda el artículo 1932 en casos como este, sino que la Corte no justifica dicha procedencia adecuadamente.

En lo que concierne a la excepción de contrato no cumplido, advierte que en otros países no se ha aceptado²⁸ y señala que:

«Frente a este panorama en la experiencia comparada, y considerando las implicancias prácticas de permitir la suspensión unilateral de una prestación debido a la imposibilidad de cumplimiento de la contraparte por caso fortuito, era de esperar que la Corte Suprema diera una justificación particularmente robusta al desenlace ofrecido, cosa que no hizo. El fallo podría haber desarrollado las opiniones de un creciente sector de la doctrina nacional que considera, por diversas razones, que el art. 1552 resulta igualmente aplicable frente a supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, señalando en muchos casos que sería irrelevante para estos efectos que el incumplimiento no sea imputable a la parte que se ve impedida de realizar su prestación, y que esa circunstancia que incidiría solo en la posibilidad de demandar perjuicios contemplada en el art. 1557²⁹.»³⁰

El segundo autor es Alex Zúñiga Tejos, quien, a partir del *periculum obligationis*, señala que:

«i) es obligación de arrendador proveer un bien que sirva para el fin que ha sido arrendado, y i) existiría un principio general de la legislación que consistiría en que una parte no conserva el derecho a exigir la contraprestación si no cumple con la que tiene a su cargo, por lo que el riesgo en estos casos debe recaer en el arrendador.»³¹

En lo que toca al remedio que puede utilizar el arrendatario:

«Así las cosas, ante la imposibilidad total de parte del arrendador de proveer un bien que sirva para los fines que ha sido arrendado, el arrendatario podrá suspender el pago de la renta, al configurarse una situación de excepción de contrato no cumplido.»³²

Luego, añade que:

«el arrendatario no debería pagar la "renta convenida", pues al no proveérsele un bien que sirva para el fin para el que ha contratado, no debe cumplir la obligación correlativa, pero esto no es sinó-

²⁷ RODRÍGUEZ (2022), p. 258.

²⁸ RODRÍGUEZ (2022), p. 261.

²⁹ Art. 1557 CC. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

³⁰ RODRÍGUEZ (2022), p. 262.

³¹ ZÚÑIGA (2020), p. 90.

³² ZÚÑIGA (2020), p. 91.

nimo de decir que necesariamente no deba pagar suma alguna durante todo este tiempo. Aunque suene paradójico, la razón es simple: el pago de la renta nace como obligación correlativa del vínculo tantas veces comentado, pero el arrendatario igualmente está utilizando el inmueble para almacenar o proteger bienes propios, que de no tenerlos en ese lugar implicarían un gasto, así como está ejerciendo una opción o evitando un costo de oportunidad, pues podrá activar rápidamente su negocio tan pronto se levanten las medidas de impedimento. Por otra parte, quien es el dueño del bien está inhabilitado de usarlo (o de disponer materialmente de él) mientras se mantengan dichas circunstancias. Por lo tanto, la razón de este posible pago sería otra: evitar con ello un enriquecimiento injustificado y no por concepto de renta del uso convenido.»³³

El tercer autor es Sebastián Campos Micin, en su opinión:

«(...) la cuestión se resuelve entendiendo que la imposibilidad actual de destinar la cosa para el fin a que ha sido arrendada implica un incumplimiento de arrendador.»³⁴

Al referirse al artículo 1924, núm. 2, afirma que:

«La disposición, en consecuencia, incorpora el propósito de arrendatario al contenido de la obligación de arrendador (en la medida, obviamente, que tal propósito haya sido conocido por ambas partes y funja como causa concreta de la obligación de arrendatario). De este modo, el arrendador no sólo debe resguardar un goce pacífico, sino también asegurar que el propósito de arrendatario podrá ser satisfecho. Consecuentemente, como lo, sugiere lúcidamente Zúñiga, los riesgos que impidan el destino económico de bien arrendado son riesgos propios de contrato.»³⁵

Por lo que se refiere a las consecuencias:

«Las consecuencias que de ello se sigue son, por una parte, que el arrendador quedará liberado de responsabilidad y verá suspendida la exigibilidad de su obligación, y, por otra, que el arrendatario esta facultad para pedir la terminación de contrato o suspender el pago de la renta (...).»³⁶

Finalmente, concluye:

«La cuestión clave, en consecuencia, está en justificar que un impedimento temporal, causado por un caso fortuito, no es óbice al reconocimiento del incumplimiento.»³⁷

³³ ZÚÑIGA (2020), p. 92.

³⁴ CAMPOS (2020), p. 214.

³⁵ CAMPOS (2020), p. 214.

³⁶ CAMPOS (2020), p. 214.

³⁷ CAMPOS (2020), p. 214.

Pues bien, ¿qué se puede concluir de las opiniones aquí transcritas?

Para empezar, algo semejante a lo primero que se concluyó respecto de las sentencias de los tribunales superiores de justicia, y es una cierta solidaridad con la situación de los arrendatarios. Lo segundo, es un cierto desacuerdo respecto de cómo y con cargo a qué dispositivo ha de administrarse la situación originada por el acto de autoridad que impide el uso de la cosa para el fin que arrendada.

Así, por ejemplo, Momberg niega que se pueda acudir al incumplimiento o a la alteración sobrevenida de las circunstancias, en cambio, estima que la cuestión debiera administrarse con cargo a la doctrina de la frustración de fin de contrato. Alcalde, por su parte, entiende que no se aplicaría el artículo 1932 CC, sino que algo así como el principio de buena fe y la commutatividad de contrato que debe procurar la equivalencia de las prestaciones. Por su parte, Tapia plantea el problema considerando la obligación de arrendatario de pagar la renta y explica que, con cargo a la buena fe, el arrendador debería acceder a una rebaja de la renta. A continuación, Rodríguez, sin descartar la aplicación del artículo 1932 señala que la Corte Suprema no ha justificado suficientemente su aplicación. Finalmente, Zúñiga y Campos señalan que ha existido incumplimiento por parte del arrendador.

III. SEGUNDA PARTE

En esta segunda parte nos proponemos cuatro tareas. La primera de ellas consiste en evaluar las opiniones que defienden una administración de la situación que, al menos, no considera explícitamente el incumplimiento. En segundo lugar, defendemos nuestra opinión. A continuación, en tercer lugar, mostramos por qué nuestro parecer resulta perfectamente compatible con el de la Corte Suprema y, finalmente, en cuarto lugar, examinamos un par de cuestiones que suscitan los remedios en este caso.

1. LAS OPINIONES QUE NO CONSIDERAN EXPLÍCITAMENTE EL INCUMPLIMIENTO

A) La doctrina escéptica

La que denominamos «doctrina escéptica» se caracteriza porque estima que, en casos como los que interesan a este trabajo, no

puede predicarse un incumplimiento del arrendador (en esto, Pantaleón sería un escéptico, provocador y, todo habrá que decirlo, divertido). Por ahora no justificaremos por qué, en nuestra opinión, en el ámbito chileno puede justificarse dicho incumplimiento³⁸; nos interesa, en cambio, considerar las opiniones de los profesores Momberg, Alcalde y Tapia.

Por lo que toca al primero, según ha quedado dicho, estima que no existe incumplimiento «ya que la cosa se encuentra disponible para el arrendatario, sin perjuicio que por un hecho externo no pueda darle el uso que pretende»³⁹. De esta manera, parece asumir que, cuando la imposibilidad de uso del inmueble depende de un hecho externo, no resulta posible caracterizar la situación como un incumplimiento de las obligaciones del arrendador.

Nosotros creemos lo contrario, ya diremos por qué, pero, por ahora, nos interesa continuar con la posición de Momberg, según la cual tampoco podría administrarse la situación con cargo a la disciplina de la alteración sobrevenida de las circunstancias. En esto estamos de acuerdo. Momberg, que es el más experto sobre la materia en Chile, lo ha explicado así:

«Uno de esos remedios es la denominada teoría de la imprevisión, imprevisión contractual o excesiva onerosidad sobrevenida, que tiene lugar, en su concepto clásico, en aquellos casos en que el cumplimiento de una obligación se ha tornado excesivamente oneroso, debido al acaecimiento de eventos sobrevenidos e imprevisibles al tiempo de su celebración, sin que la parte afectada haya asumido, expresa o implícitamente, el riesgo asociado a tales eventos.»⁴⁰

Enseguida plantea la siguiente pregunta:

«¿Cuál es la situación de los contratos en ejecución frente a la teoría de la imprevisión? Es evidente que no se puede dar una respuesta unívoca, pero sí se pueden efectuar algunas consideraciones generales.

Primero, los eventos extraordinarios (las medidas de emergencia) deben afectar la economía del contrato en cuanto relación jurídica objetiva entre deudor y acreedor, y no la situación subjetiva del deudor de que se trate. Es decir, la situación del deudor deberá ser contrastada con la de un contratante ideal, medio y razonable. Esta primera restricción pretende distinguir, y descartar las situaciones en que el cumplimiento de la obligación se ha hecho más

³⁸ Limitamos nuestro análisis al ámbito chileno. Sobre el español no parece conveniente polemizar ni con el profesor Carrasco ni con el profesor Pantaleón.

³⁹ MOMBERG (2020a). Disponible en <https://www.pucv.cl/uuaa/derecho/noticias/la-obligacion-del-arrendatario-durante-la-pandemia-por-coronavirus>.

⁴⁰ MOMBERG (2020b). Disponible en: <https://idealex.press/rodrigo-momberg-excesiva-onerosidad-o-excesiva-dificultad/>.

difícil o dificultosa, en un sentido amplio de la palabra, en que no procede la excusa, de aquellas en que efectivamente se ha hecho más onerosa. Así, por ejemplo, el empresario que ha visto considerablemente disminuidas las ventas de sus productos por los cambios en el comportamiento de los consumidores o por la alteración en la estructura del mercado, no podrá alegar estas circunstancias para no pagar la renta a su arrendador, los saldos de precio a sus proveedores o las cuotas de un mutuo de dinero a una institución financiera.

De esta manera, la posición relativa del deudor, sus dificultades económicas ajenas al contrato, no pueden ser consideradas para avaluar si existe o no imprevisión, al menos en su enfoque clásico de excesiva onerosidad sobreviniente. Y ello es así no sólo porque en ese caso no existe excesiva onerosidad, sino también porque esas circunstancias se encuentran fuera del ámbito de riesgos que la partes distribuyeron, o en su defecto, que el derecho común asignó al celebrarse el contrato. No corresponde, entonces, que el deudor pretenda que el acreedor las asuma parcial o totalmente.

¿Es posible que ante la emergencia sanitaria, se presenten hipótesis de excesiva onerosidad? Por supuesto que sí. Por ejemplo, en el caso del contratista que, debido a las restricciones a la libre circulación, no puede contar con una parte importante de los trabajadores destinados a la construcción de una obra. La obligación sigue siendo posible de cumplir, ya que podrá ejecutar la obra, con personal de reemplazo, pero a un costo mayor, debido a que el mercado laboral se ha encarecido, justamente ante la poca disponibilidad de fuerza de trabajo especializada.

En el caso anterior, el cumplimiento de la obligación se ha tornado más oneroso. Y acá aparece la segunda cuestión a considerar: que la onerosidad sea excesiva. ¿Qué quiere decir esto? Que no todo aumento de los costos en el cumplimiento autoriza al deudor para recurrir a la imprevisión contractual. Un aumento moderado debe considerarse como comprendido en su propia esfera de riesgos. Hay que recordar que ninguna de las partes es aseguradora de la otra, y que en todo contrato existe el riesgo que su ejecución no sea un buen negocio para el deudor. El riesgo de pérdida, así como el de ganancia, es intrínseco a todo contrato, especialmente aquellos con prestaciones mutuas.

Deberá entonces tratarse de un aumento significativo en los costos de ejecución de la prestación afectada. No hay en esta cuestión una opinión unánime, y más allá de requerir que constituya una alteración grave del equilibrio contractual, es difícil entregar parámetros para hacerlo operativo. Un criterio totalmente objetivo, como por ejemplo, un cierto porcentaje de aumento de costos, otorga certeza absoluta, pero cualquier número que se proponga tendrá un carácter arbitrario difícil o imposible de justificar.

En resumen: es poco probable que un deudor afectado por las medidas de emergencia sanitaria pueda alegar excesiva onerosidad para excusarse o solicitar la adaptación del contrato. La mera dificultad, excesiva o no, que por su situación particular tenga el deudor para cumplir la obligación, no califica como un caso de excesiva onerosidad. A ello debe sumarse la reticencia de los tribunales

chilenos en esta materia, donde la Corte Suprema la ha rechazado expresamente, aunque debe reconocerse que ha encontrado mejor acogida en sede arbitral. Esto no es extraño si recordamos que, aún en los ordenamientos que la admiten, su aplicación es restrictiva y sólo procede como una excepción calificada al principio *pacta sunt servanda*.»⁴¹

¿Qué sucede ahora con la frustración del fin del contrato? Lo que sucede es que exige un esfuerzo cuyo resultado es extremadamente incierto, pero que, ciertamente, no se ha realizado en Chile. El esfuerzo que exige consiste en justificar por qué una doctrina propia del *common law*, cuyo uso es más bien marginal allí, debería aplicarse en el ámbito nacional. Sobre esto, desafortunada, aunque comprensiblemente, Momberg no se pronuncia⁴². Quien sí lo ha hecho, aunque con relación a los efectos del caso fortuito, es Sebastián Campos, quien afirma que operaría como una «condición resolutoria implícita»⁴³. Cabrá preguntarse: ¿cómo operaría aquí? Y resulta difícil responderlo porque, según ha quedado dicho, la figura no se encuentra reconocida ni legal ni jurisprudencial ni dogmáticamente.

Con respecto a Alcalde, como ya se ha visto, en definitiva, aconseja administrar el problema con cargo al carácter comutativo del contrato de arrendamiento y las exigencias de la buena fe. Así, en su segunda columna, convendrá recordarlo, al justificar que el arrendador no puede exigir el pago de la renta al arrendatario, indica que:

«Si el arrendatario no puede gozar de la cosa arrendada porque un hecho imprevisto que no puede resistir lo impide, correlativamente el arrendador no puede exigir el pago de la renta porque se ha roto la comutatividad del contrato, la que debe existir mientras durante la vigencia del mismo.»⁴⁴

Para Alcalde, entonces, la solución –suspensión de la eficacia de contrato– provendría de carácter comutativo del arrendamiento y consistiría en la corrección de desequilibrio patrimonial que se produciría de no mediar dicha suspensión. En esta clase de contratos ha de procurarse la equivalencia de las prestaciones.

No podemos estar de acuerdo con una opinión como esta. En nuestro derecho de contratos, salvo la regla de artículo 2003,

⁴¹ MOMBERG (2020b). Disponible en: <https://idealex.press/rodrigo-momberg-excesiva-onerosidad-o-excesiva-dificultad/>.

⁴² Habrá que recordar que su opinión se encuentra en una columna de opinión.

⁴³ CAMPOS (2020), p. 78.

⁴⁴ ALCALDE (2020b). Disponible en: <https://estadodiarario.com/columnas/de-nuevo-sobre-el-arrendamiento-de-locales-sobre-el-sentido-del-articulo-1932-del-codigo-civil-y-dos-celebres-casos-ingleses/>.

núm. 2 de Código Civil⁴⁵, no existe otra disposición que autorice la adecuación de la economía de contrato ante circunstancias sobrevenidas. Lo que olvida Alcalde es el significado de la frase que emplea el legislador en el artículo 1441 «se mira como equivalente». Las partes miran como equivalentes las prestaciones, sin que en el Código Civil se establezca una métrica distinta de la autonomía privada. En todo caso, aun cuando la equivalencia tuviera el sentido que le adjudica el autor, más que una solución como la que propone, corresponde a la regla del artículo 1932, pese que entiende de que no es aplicable, tratándose de un impedimento jurídico. Pues bien, lo que no advierte Alcalde es que, tal y como se explicará más abajo, el supuesto de hecho del citado artículo 1932 es una particular especie de incumplimiento de arrendador; se trata de un vicio redhibitorio de la cosa que, por las peculiaridades de contrato de arrendamiento, puede ser originario o sobreviniente.

Por otra parte, como ya ha quedado dicho, Alcalde alude a la multifacética «buena fe», sin explicar, salvo una cita al artículo 16 letra g) de la Ley núm. 19.496 sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores, cómo la buena fe podría servir de argumento para la suspensión temporal del cumplimiento de la obligación de pagar la renta. El punto es que el citado artículo 16 letra g) es una disposición que permite el control jurisdiccional de las cláusulas de un contrato de adhesión celebrado entre un proveedor y un consumidor, cuya sanción es la nulidad precisamente por el carácter abusivo de la o las cláusulas de dicha convención. En otros térmi-

⁴⁵ Art. 2003 CC. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1.^a El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornaless o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.

2.^a Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieren preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.

3.^a Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los cinco años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario, sino en conformidad al artículo 2000, inciso final.

4.^a El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.

5.^a Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente, y hasta concurrencia de lo que éste deba al empresario.

nos, no hay forma de vincular el supuesto de hecho que nos ocupa con la disposición protectora de contenido contractual.

En fin, Alcalde, sin justificarlo, reconoce al arrendador el derecho a exigir la restitución de inmueble por la ruptura de la equivalencia de las prestaciones, equiparándola a las causas de terminación de contrato de arrendamiento previstas por el artículo 1950 de Código Civil⁴⁶ (al citar la Ley núm. 18.101 y el desahucio como causa restitución). La terminación, tal y como lo expresa el artículo 1950, requiere de una causa legal y no existe ni en el Código Civil ni en otra norma, la terminación por ruptura de la equivalencia de las prestaciones o desequilibrio contractual.

Por lo que toca a Tapia, según se expresado, también alude al carácter sinalagmático de las obligaciones e indica –aunque sin desarrollarlo– que esto debería tener alguna consecuencia, pero parece limitarse a indicar que las partes podrían llegar a acuerdo.

B) El artículo 1932 CC

Convendrá comenzar aquí con su tenor:

«El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aun a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aun en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario.

Si el impedimento para el goce de la cosa es parcial o si la cosa se destruye en parte, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta.»

Según se ha dicho, por parte de la doctrina, el uso del artículo 1932 CC ha sido defendido por Corral Talciani; junto a la opinión que hemos transcrita más arriba, Corral estima lo siguiente:

«El art. 1924 enumera tres obligaciones del arrendador: entregar la cosa, mantenerla en estado útil y librar al arrendatario de turbaciones en el goce. Interesa, por tanto, la segunda obligación que es expresada de esta manera: "El arrendador es obligado: 2º A

⁴⁶ Art. 1950 CC. El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, y especialmente:

- 1º Por la destrucción total de la cosa arrendada;
- 2º Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo;
- 3º Por la extinción del derecho del arrendador, según las reglas que más adelante se expresarán;
- 4º Por sentencia del juez en los casos que la ley ha previsto.

mantenerla [la cosa] en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendada". Este fin es lo que se denomina propósito práctico del contrato, que también es considerado para autorizar la terminación del contrato si ante el retardo en la entrega han cesado las circunstancias que lo motivaron (art. 1926 CC).»⁴⁷

Añade que:

«La principal disposición es la del art. 1932 (...) Vemos entonces que la causa del derecho a la terminación o reducción de la renta es que el mal estado o "calidad de la cosa" impide al arrendatario hacer de ella el uso para el que ha sido arrendada. Nótese que la norma señala que el "vicio" (es decir, no poder servir para el fin para el que fue arrendada por mal estado o calidad) puede ser sobrevenido siempre que no se deba a culpa del arrendatario. Es decir, puede provenir de culpa del arrendador o de caso fortuito o fuerza mayor. En este último caso, no procederá la indemnización de perjuicios pero sí la terminación o reducción de la renta (...).

Si aplicamos la norma a la imposibilidad de ocupar locales comerciales arrendados debido a una orden de autoridad constitutiva de caso fortuito, bien puede decirse que hay una privación de goce parcial (en cuanto temporal) que proviene de una calidad de la cosa, y que daría derecho a los arrendatarios al menos a una reducción de la renta que podría traducirse en una suspensión del pago mientras subsista la imposibilidad de uso.

Surgen sí dos cuestiones: la primera es si "calidad" de la cosa puede ser entendida en términos jurídicos y no materiales. Pensamos que no hay problemas para ello y que eso sugiere que se contrapongan los términos "mal estado" y "calidad"; lo importante es que ese mal estado o esa calidad impida al arrendatario hacer uso de la cosa para el fin para el que fue arrendada.

(...)

La segunda cuestión es el fundamento de la disposición: podría considerarse que la norma regula un incumplimiento de la obligación del arrendador de mantener la cosa para que sirva al fin del arrendamiento y que al hacerse imposible por caso fortuito su cumplimiento debe aplicarse la teoría del riesgo que correspondería al deudor, esto es, al arrendador, dando paso a la extinción o suspensión de la obligación de pagar la renta del arrendamiento. (...).»

En opinión de Corral, no sería necesario recurrir al incumplimiento, sino que, nada más, aplicar directamente el artículo 1932 CC.

No compartimos esta opinión. Para justificar por qué, acudiremos por un momento a la compraventa, específicamente, a los vicios redhibitorios. Frente a ellos, en la medida en que sean suficientemente graves, el comprador puede rescindir el contrato. Es cierto que, como ha apuntado Carrasco Perera, el carácter de obligación aquí puede resultar discutible, pues se trata de una

⁴⁷ CORRAL (2020). Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908430&Path=/0D/DC/>

garantía⁴⁸, sin embargo, en el ámbito nacional se ha afirmado la existencia de una obligación de garantizar la posesión útil y, si eso no sucede (esto es, si se incumple la obligación), hay lugar al remedio edilicio⁴⁹.

Por otra parte, nos parece que el artículo 1932 no corresponde a una aplicación de la teoría de los riesgos. La razón es que esta se aplica a impedimentos sobrevenidos, con posterioridad al perfeccionamiento del contrato y esto no necesariamente es el caso tratándose de la situación disciplinada por el artículo 1932 en el cual el vicio puede haber existido al momento de la celebración del contrato⁵⁰.

Antes de abandonar el artículo 1932, recordamos que Alcalde cuestiona su aplicación y Rodríguez Díez, sin cuestionarla directamente, considera que la Corte Suprema no justifica su uso.

Habrá que recordar que lo que las dos sentencias de la Corte Suprema indican es que los tribunales superiores de justicia han venido empleando desde hace tiempo el precepto respecto no solo de circunstancias materiales, sino también de otras jurídicas que impiden el uso de la cosa. En esto la Corte lleva razón.

El primer ejemplo que da fe de ello corresponde a un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Antofagasta con fecha 27 de marzo de 2003⁵¹. Se trató del arrendamiento de un inmueble que se destinaría al almacenaje y venta de productos. Sin embargo, por limitaciones del plan regulador no resultaba posible asignarle ese destino. Haciendo pie en el artículo 1932, la Corte de Apelaciones establece que la arrendataria tenía derecho a poner término al contrato de arrendamiento. En el fallo se declara que:

«Que, el artículo 1932 del Código Civil dispone que el arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento si el mal estado o la calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para el que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato y aun cuando el vicio de la cosa se hubiera iniciado después del arrendamiento, pero sin culpa del arrendatario.

Que, la Excmo. Corte Suprema en fallo de 12 de diciembre de 1941, compulsado bajo el núm. 3 del repertorio al artículo 1932 del Código Civil, señaló que lo fundamental para el ejercicio de la acción que concede el artículo 1932 del Código Civil es el lecho de ser imposible el uso de la cosa arrendada, cualquiera que sea el motivo o

⁴⁸ CARRASCO (2021), pp. 777 ss.

⁴⁹ Volveremos sobre este punto al revisitar las sentencias de la Corte Suprema.

⁵⁰ Nótese el inciso 2.^º del artículo 1933: «Y si el vicio era conocido del arrendador al tiempo del contrato, o si era tal que el arrendador debiera por los antecedentes preverlo o por su profesión conocerlo, se incluirá en la indemnización el lucro cesante».

⁵¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27 de marzo de 2003, Rol núm. 2206-1998.

circunstancia que lo produzca, pues la ley sólo excluye la destrucción causada después del contrato, por culpa del arrendatario. (...)

Que, en el caso que nos preocupa, resulta evidente que el inmueble no cumplía con los requisitos necesarios para ser usado para la finalidad prevista en el contrato, cual fue, la venta y almacenaje de la mercadería de la demandada. Cabe destacar que esta carencia no le es imputable al arrendatario y que, por el contrario, éste intentó por los Medios a su alcance de revertir la decisión municipal, lo que no logró.»

El segundo caso es uno fallado por la Corte Suprema con fecha 29 de septiembre de 2003⁵².

En los hechos, se trató del arrendamiento de un inmueble que se dedicaría a un jardín infantil. La arrendadora autorizó expresamente a la arrendataria a solicitar a la Municipalidad de Concepción el cambio de destino del inmueble. Sin embargo, el permiso fue denegado toda vez que el inmueble no cumplía con las normas relativas a los permisos ni con las relativas a la recepción de obras. La Corte Suprema estimó que existía un incumplimiento de la arrendadora pues la cosa no estaba en condiciones de servir para el fin que había sido arrendada. En palabras del Tribunal:

«Que en el caso de autos el inmueble fue arrendado para ser destinado a jardín infantil, así se estipuló por las partes en la cláusula segunda del contrato, como se dijo.

En consecuencia, si por un hecho imputable al actor, como lo es la falta de recepción municipal del inmueble de Angol 298, la arrendataria no ha podido entrar en el goce de la cosa, necesario es concluir que ha fallado la obligación principal que el contrato le impone al arrendador y, por ende, la arrendataria tiene derecho a ponerle término.

No basta que en el contrato se haya autorizado a la arrendataria para solicitar a la I. Municipalidad el cambio de destino de la propiedad arrendada. Era necesario, además, que el inmueble estuviese en condiciones de que, cumplidas las exigencias para el cambio de destino, se otorgara el permiso municipal.

Se encuentra acreditado en autos que la demandante realizó la gestión destinada a obtener el permiso y ésta fracasó por cuanto el inmueble no contaba con la recepción municipal, de manera que no es imputable a la arrendataria tal fracaso.»

El tercer ejemplo, corresponde a una conocida sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 29 de noviembre de 2007⁵³, confirmada luego por la Corte Suprema. Se trata del arrendamiento de un predio, especificándose en el contrato que únicamente podría dedicarse a instalar y operar un campo de minigolf. Se estableció

⁵² Corte Suprema, 29 de septiembre de 2003, Rol núm. 4312-2003.

⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de marzo de 2003, Rol núm. 3073-2003.

que la arrendataria tramitaría los permisos, sin embargo, al solicitarlos, se encontró con que no era posible asignarle dicho uso pues el predio no estaba urbanizado, no contaba con permiso de edificación ni recepción definitiva y, además, el terreno mayor al que pertenecía el predio no respetaba la línea oficial, de manera que nunca obtendría patente ni la recepción final. La Corte de Apelaciones de Santiago consideró que la arrendadora había incumplido su obligación, declarando la terminación del contrato, la sentencia fue confirmada por la Corte Suprema⁵⁴. Según el fallo:

«Que en relación a las condiciones en que habría sido entregado el inmueble al demandante, el mérito del expediente permite sostener que éste no se encontraba, efectivamente, en condiciones de ser utilizado por ésta, para los fines que se propuso al arrendarlo y que eran de sobra conocidos por la demandada.

En efecto, no resulta suficiente el acta de entrega del predio, donde consta que no se hicieron reservas de ninguna especie, para concluir que el arrendador cumplió con su obligación, toda vez que, como ha quedado establecido en autos, los problemas presentados por el inmueble estaban en su estatuto o condición jurídica, que le impedía obtener la autorización municipal correspondiente para llevar a cabo las actividades de mini golf proyectadas, mientras no se hubiera otorgado la recepción final de las obras que existían en el predio mayor, lo que suponía adoptar la Línea Oficial y considerar la existencia de una franja del predio afecta a utilidad pública, que de no ser expropiada por la autoridad, habría de ser cedida a ésta por su dueño.»

El cuarto ejemplo corresponde a una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 6 de enero de 2010⁵⁵. Esta vez se trató del arrendamiento de un inmueble para dedicarlo a oficinas comerciales. Sin embargo, el uso del suelo establecido por el plan regulador de la comuna impedía asignarle ese destino. La Corte vuelve a servirse del artículo 1932 para poner término al contrato y declara que:

«Que con el mérito de los antecedentes que obran en autos y, en especial, del certificado de fojas 98, emitido por el Director de Obras Municipales de la Municipalidad de Las Condes en respuesta al oficio del tribunal, ha quedado establecido que de acuerdo al Plan Regulador Comunal vigente, en la zona de uso de suelo donde se ubica el inmueble dado en arrendamiento, no se permite la actividad de oficina comercial, lo que significa que éste no sirve o no es apto para el destino para el que fue entregado en arriendo.

Que el artículo 1932 del Código Civil otorga al arrendatario el derecho a poner término al arrendamiento, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador estuviese o no en conocimiento de tal circun-

⁵⁴ Corte Suprema, 19 de mayo de 2008, Rol núm. 1287-2008.

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de enero de 2010, Rol núm. 7153-2008.

tancia, derecho que puede devenir en una rebaja de la renta si el juez estima que el impedimento para el goce de la cosa es parcial.

Este derecho no es más que una expresión de la obligación de garantía que va envuelta en todos los contratos onerosos, destinada a asegurar que la cosa entregada o transferida sirva para el uso para el cual fue adquirida o recibida, según el caso. En consecuencia, las hipótesis contempladas en la norma en comento –mal estado de la cosa o la calidad de ésta– deben entenderse en función del objetivo esencial, cual es que impidan que la cosa sirva para el objeto para el cual fue destinada.

Si nos atenemos al sentido natural del término, hemos de entender que la calidad se refiere a la propiedad o conjunto de propiedades, esto es, a las condiciones que hacen apta una cosa para una determinada función, de donde resulta que si, como ocurre con el inmueble de autos, éste no reúne las condiciones necesarias o no tiene la calidad que le permitiría ser destinado a oficina comercial –que es el uso para el cual el arrendatario celebró el contrato– se da el supuesto de hecho que habilita al arrendatario para pedir la terminación del contrato.»

Un quinto ejemplo puede encontrarse en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 28 de marzo de 2014⁵⁶. Esta vez, el contrato de arrendamiento tuvo como objeto un inmueble que registraba deudas extraordinariamente cuantiosas por agua potable y por luz eléctrica, por lo cual, ambos servicios se encontraban cortados. Una vez más, la sentencia reposa sobre el artículo 1932 para poner término al contrato.

«Que conforme con el artículo 1924 del Código Civil, es obligación del arrendador, en lo pertinente, mantener la cosa en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada y librar al arrendatario de toda perturbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada.

Desde luego, la existencia de deudas de alto monto, anteriores a la suscripción y vigencia del contrato, con el suministro de agua suspendido y es de presumir igual hecho respecto de la luz eléctrica, atendido el alto monto los consumos impagos, no permiten que el inmueble pueda ser destinado a casa habitación, que fue la finalidad para la que fue arrendada por la demandante, al tenor de la cláusula segunda del contrato que rola a fs. 1, no objetado de contrario.

Que las cláusulas tercera y cuarta del contrato de arrendamiento que rola a fs. 1, no logra establecer la obligación de la arrendataria de pagar los servicios básicos anteriores a la ocupación del inmueble por su parte (...).

Ante el incumplimiento por parte de la arrendadora de obligaciones esenciales del contrato que unía a las partes, procede dar por terminado el contrato de arrendamiento conforme lo dispone el artículo 1932 del Código Civil (...).»

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de marzo de 2014, Rol núm. 6564-2013.

El sexto caso proviene de una sentencia de la Corte Suprema; esta vez de 13 de agosto de 2015⁵⁷. Se arrendó un departamento para un uso diverso del que permitía el condominio en el que se encontraba, por lo mismo, el arrendatario no pudo destinar el inmueble al uso que garantizaba el contrato. Esta vez el incumplimiento de la arrendadora se declara con cargo a los artículos 1924 y 1932. En la sentencia se expresa que:

«(...) los jueces del grado estimaron que el demandado principal incurrió en incumplimiento contractual conforme disponen los artículos 1924 núm. 2 y 1932 del Código Civil, puesto que, en los hechos, la calidad de la cosa, en tanto bien cuya destinación es exclusiva para usos relacionados con prestaciones médicas o de otra actividad autorizada expresamente por los copropietarios, impide a la demandante utilizar el bien arrendado para los fines que contrató, configurándose una causa legal de terminación del contrato de arrendamiento.»

En fin, el séptimo caso corresponde a una sentencia de la Corte Suprema de 6 de octubre de 2016⁵⁸. Se arrendó un inmueble para dedicarlo a actividades educacionales. Sin embargo, en la recepción definitiva de edificaciones realizadas en el inmueble –anterior al contrato de arrendamiento–, se señalaba que se excluían las actividades de educación. El contrato es declarado resuelto con arreglo a los artículos 1915⁵⁹ y 1932 del Código Civil. La sentencia declara que:

«Que en lo que dice relación con las alegaciones referidas precedentemente, cabe señalar que no se advierten infracciones de la ley acusadas, toda vez que, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1915 y 1932 del Código Civil, nace para el arrendador la obligación de otorgar al arrendatario el goce del inmueble de acuerdo al uso acordado en la respectiva convención, siendo procedente su terminación e indemnización de perjuicios si la calidad de las cosa impide hacer uso para lo que fue arrendada.»

Una mirada a estas sentencias enseña, en primer lugar, que, al menos desde 1941 la Corte viene empleando el artículo 1932 para considerar casos no solo de anomalías materiales, sino también jurídicas. En segundo lugar, los tribunales también se refieren a que el arrendador «garantiza» el uso de la cosa, asimilándola a la de saneamiento en la compraventa. En tercer lugar, las sentencias autorizan al arrendatario a poner término al contrato de arrendamiento.

⁵⁷ Corte Suprema, 13 de agosto de 2015, Rol núm. 7205-2015.

⁵⁸ Corte Suprema, 6 de octubre de 2016, Rol N.º 55067-2016.

⁵⁹ Art. 1915 CC. El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.

2. LA SITUACIÓN EN CLAVE DE INCUMPLIMIENTO

Nuestra opinión es que, frente a casos como los que han resuelto los tribunales superiores a en razón de la pandemia COVID-19 y sus efectos, debe estimarse que ha existido un incumplimiento del arrendador.

En esto simpatizamos con la opinión de Carrasco Perera, sin embargo, no nos pronunciamos sobre si es correcta al abrigo del derecho español; lo que afirmamos es que en el Título XXVI del Libro IV del Código Civil chileno (que es el que regula el contrato de arrendamiento) existen argumentos suficientes para defender esa opinión para el ámbito chileno.

Como ya hemos dicho, Zúñiga Tejos y Campos Micin estiman que existe incumplimiento del arrendador; antes de ellos, nosotros habíamos llegado a esa misma conclusión⁶⁰. Ahora nos interesa, en primer lugar, justificar por qué habría dicho incumplimiento y, en segundo lugar, por qué la mejor lectura de las sentencias de la Corte Suprema es a través del incumplimiento.

Determinar la existencia de un incumplimiento exige precisar el contenido de la obligación que se estima como incumplida. ¿Cuál es, en este caso, la obligación del arrendador que se entendería infringida?

Según nos parece se trataría, tal como lo dispone el numeral 2.^º del artículo 1924 CC, de mantener la cosa en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendada.

Ahora bien, frente a esta opinión pueden enderezarse dos críticas. La primera es que la cosa, físicamente, se encuentra en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada. La segunda crítica es que, aun cuando se estime que la cosa puede dejar de servir para el fin a que ha sido arrendada por circunstancias jurídicas, lo cierto es que, en este caso, las circunstancias resultan completamente ajenas al arrendador, por lo mismo, exceden el alcance de su obligación.

Ambas son críticas muy atendibles. Frente a la primera, sin embargo, ya hemos dicho que ha existido una práctica sostenida de los tribunales superiores de justicia en virtud de la cual se ha entendido que el artículo 1932 CC se aplicaría tanto respecto de anomalías materiales como jurídicas.

Con todo, a esto siempre puede responderse que el hecho de que la Corte lo aplique de esa manera no significa que lo esté aplicando correctamente. Se trata de una objeción interesante, pero no necesitamos hacernos cargo de ella aquí. La razón es la siguiente:

⁶⁰ DE LA MAZA y VIDAL (2020).

según estimamos, aun cuando se llegara a la conclusión de que el artículo 1932 CC se limita a anomalías materiales, esto significaría solamente que dicho precepto no presta utilidad para justificar el incumplimiento del arrendador, pero, si como creemos, que otros preceptos resultan aptos para desempeñar esa función, por consiguiente, la ineptitud del artículo 1932 resultaría irrelevante.

Daremos cuenta de esos otros preceptos a propósito de la segunda crítica, a saber, que las circunstancias que, en este caso, impiden la utilización de la cosa resultan completamente ajena al arrendador, por lo mismo, exceden el alcance de su obligación.

Si esto resulta correcto, correcta también tendría que ser la conclusión según la cual, toda vez que alguno de los derechos que el contrato reconoce al arrendatario no se pueden ejercer (ya sea de manera permanente o temporal) por caso fortuito, dicha imposibilidad no puede procesarse a través de la disciplina del incumplimiento contractual.

De esta manera, tendría que ser el caso que si al arrendatario, por un caso fortuito (para efectos de este trabajo, una disposición de la autoridad) no se le entrega de la cosa, no podría alegar incumplimiento de la obligación de entrega.

Sin embargo, no es la forma en que trata la situación el Título XXVI del Libro IV del Código Civil. Para advertirlo, resulta necesario prestarles atención a los artículos 1925⁶¹ y 1926⁶², relativos a la obligación distinta de entrega.

Comencemos por el segundo de ellos, su texto es el siguiente:

«Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicios.

Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemniza-

⁶¹ Art. 1925 CC. Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios.

Habrá lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe, que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito.

⁶² Art. 1926 CC. Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicios.

Sí por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito.

ción de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito».

Como se ve, el precepto trata sobre el incumplimiento de la obligación de entrega por parte del arrendador. El primer inciso dispone que, si ese incumplimiento resulta subjetivamente imputable, el arrendatario tendrá derecho a exigir la indemnización de perjuicios.

Lo interesante, sin embargo, se encuentra en el segundo inciso. Si el incumplimiento es grave, el arrendatario podrá *desistir* del contrato. ¿Qué hemos de entender por *desistir* del contrato? Para responder a esta pregunta, hacemos bien prestando atención a otro precepto en el que se emplea la expresión, el artículo 1826, específicamente su inciso segundo. El texto es el siguiente:

«Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.»

No es un misterio que esta regla es una manifestación específica –es decir, a propósito de un contrato específico, la compraventa– del artículo 1489⁶³. Al comprender esto, se advierte que «*desistirse*» no es nada distinto de resolver el contrato. El comprador podrá elegir entre exigir la ejecución específica del contrato o resolverlo.

Aprovisionados con esta idea, podemos volver al inciso segundo del artículo 1926. Su texto puede leerse de la siguiente manera: si el retardo en la entrega configura un incumplimiento grave, el arrendatario podrá elegir entre la terminación del contrato (resolución) o su ejecución específica. Ahora bien, si además el retardo le ha causado daños, podrá demandar la indemnización correspondiente, salvo que el retardo en la entrega –es decir, el incumplimiento– provenga de caso fortuito. Si así fuera, tendremos que concluir que, si aún es posible, podrá demandar únicamente la ejecución específica y, en todo caso, la resolución, no así la indemnización de daños.

Como se ve, el caso fortuito no impide el incumplimiento, sino que, cuestión completamente distinta, limita la procedencia de los remedios disponibles para el acreedor. Al entender esto se puede

⁶³ ALESSANDRI (2011), p. 779: «Este artículo no es sino la reproducción de la regla general que para todo contrato sinalagmático consigna el artículo 1489 del Código Civil».

Art. 1489 CC. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

apreciar con singular precisión que el incumplimiento –retardo– funciona como el mínimo común denominador de los tres remedios –ejecución específica, resolución e indemnización de perjuicios–. Sin embargo, si se pretende la indemnización de perjuicios, no basta ese mínimo común denominador –incumplimiento/retardo–, sino que debe añadirse una cualificación, el incumplimiento debe ser imputable –por hecho o culpa del deudor o de sus agentes o dependientes–.

Este ejemplo del cual nos hemos servido se reproduce en términos muy semejantes para el supuesto de falta de entrega por imposibilidad en el artículo 1925. Al igual que para el retardo, el legislador, según la imposibilidad es o no imputable al arrendador, define los remedios disponibles para el arrendatario. Pues bien, en un supuesto como el del precepto, desde luego, es improcedente el cumplimiento específico –la entrega ha tornado imposible–, sin embargo, el arrendatario dispondrá, en todo caso, de la terminación del contrato y, si la imposibilidad no ha provenido de un caso fortuito, además, de la indemnización de daños.

Advertido lo anterior –esto es que el caso fortuito no elimina el incumplimiento– respecto de la obligación de entrega, hemos de hacer presente que, en los casos que interesan a este artículo, no está en juego el incumplimiento de la obligación de entrega, sino la de mantener la cosa en el estado de servir para el fin que ha sido arrendada⁶⁴. Debemos añadir que el incumplimiento se produciría por una situación jurídica sobrevenida.

Ahora bien, aún si aceptamos que el artículo 1932 CC se limita a anomalías materiales, resulta necesario reconocer lo siguiente: el Código Civil trata esa anomalía material sobrevenida como un incumplimiento. De un parte, el artículo 1932 se encuentra en el Párrafo 2 del Título XXVI del Libro IV, bajo el epígrafe «De las obligaciones del arrendador en el arrendamiento de cosas»; de otra, da lugar a los remedios propios del incumplimiento contractual.

Entonces queda lo siguiente: si no es posible la entrega por caso fortuito, la disciplina del arrendamiento procesa esa situación como un incumplimiento del arrendador. En segundo lugar, si sobrevenidamente, por anomalías materiales, no se le puede dar a la cosa el uso que permite el contrato, la situación se trata como un incumplimiento del arrendador.

Resta, entonces, una pregunta: ¿cómo debe tratarse la situación en la que, sobrevidiadamente, no se puede utilizar la cosa por una

⁶⁴ A este respecto, convendrá recordar el tenor del artículo 1924 CC: «El arrendador es obligado: 1.^º A entregar al arrendatario la cosa arrendada; 2.^º A mantenerla en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendada; 3.^º A librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada».

anomalía jurídica que obedece a un caso fortuito? La respuesta –aun sin aplicar el artículo 1932 CC– es como un caso fortuito, pues esa es la forma en que procesa estas situaciones el Título XXVI del Libro IV del Código Civil estas situaciones, salvo que –como sucede en el artículo 1950– se disponga expresamente lo contrario.

3. REVISITANDO LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA

Más arriba, las sentencias de la Corte Suprema han sido extensamente citadas, por lo mismo, no resulta necesario volver a hacerlo aquí de esa manera, sin embargo, convendrá recordar algún aspecto que, ahora adquiere notable importancia.

La Corte declara que no se ha aplicado correctamente la normativa, específicamente, el artículo 1932 CC, en palabras de la Corte, se trataría de un:

«error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, puesto que dispusieron el pago de rentas por un periodo en que los inmuebles –locales comerciales– no pudieron ser utilizado por la demandada, lo cual hace que el fallo en commento incurra en un vicio de invalidez que obliga a este tribunal a declarar de oficio su nulidad.»

Pues bien, en opinión de la Corte, el error consistió en no aplicar el artículo 1932 CC, por lo mismo, si se llega a la conclusión de que dicho artículo disciplina un supuesto de incumplimiento contractual, entonces no debería caber duda de que la mejor lectura de la sentencia de la Corte es que aquí existió un incumplimiento del arrendador.

Para advertir por qué, habrá que comenzar señalando que se ha estimado que el artículo 1932 y los siguientes disciplinan el régimen de los vicios redhibitorios tratándose del contrato de arrendamiento⁶⁵.

El punto es que, a propósito de los vicios redhibitorios en la compraventa, la Corte Suprema ha estimado que se trata de un incumplimiento contractual.

Sobre este punto, conviene tener presente una sentencia de la Corte Suprema de 6 de diciembre de 2016⁶⁶ en la que se lee lo siguiente:

⁶⁵ En el ámbito nacional así los considera, por ejemplo, ORREGO (2011), p. 181. En el ámbito español puede verse CÁMARA (2008) pp. 350-356.

⁶⁶ Corte Suprema, 6 de diciembre de 2016, Rol núm. 1404-2014.

«Que la demandante incardina su pretensión de compradora insatisfecha mediante la acción resolutoria y redhibitoria que deduce en forma subsidiaria; al efecto, se debe consignar que la regla general es que el incumplimiento contractual de las obligaciones de un contrato bilateral da origen a la acción resolutoria del artículo 1489 del Código Civil⁶⁷ y, la acción del artículo 1857 del mismo cuerpo legal⁶⁸ es la que tiene el comprador para pedir que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio, por los vicios ocultos de la cosa vendida, que aún cuando el legislador la califica siempre como rescisoria, lo cierto es que, en verdad, y tal como lo ha entendido nuestra Jurisprudencia en fallo de la causa Rol 5320-03, del 27 de julio de 2005, Primera Sala, redactado por el Abogado Integrante don Rene Abeluk M., en el párrafo tercero del considerando 5.^º y 6.^º de la sentencia de reemplazo señaló: "Sin embargo, ha de destacarse que la acción antedicha, cuyos requisitos de procedencia se encuentran en el artículo 1858 del Código Civil⁶⁹, constituye una excepción a la regla general de que el incumplimiento de las obligaciones de un contrato bilateral da origen a la acción resolutoria, debiendo entenderse que aún cuando el legislador califica constantemente la acción por vicios redhibitorios como una acción rescisoria, lo cierto es que, en verdad, es una acción resolutoria especial y con reglamentación diferente a la regla general del artículo 1489 del texto legal señalado. 6.^º) Que, en consecuencia, la situación se traduce en que, ante el cumplimiento imperfecto de la obligación de entregar, puede suceder que se reúnan los requisitos de los vicios ocultos, en cuyo caso se aplican las normas del párrafo 8o del Título XXIII del Libro Cuarto del Código Civil, pero si no se dan dichas exigencias puede reclamarse el cumplimiento de la obligación de entregar por parte del vendedor, a través del artículo 1489 del Código Civil, si concurren los presupuestos que exige la norma, dando lugar así a la aplicación de la condición resolutoria tácita de este precepto de aplicación general".

En consecuencia, solo en el caso que no concurran los requisitos de los vicios redhibitorios, al comprador le asiste la acción resolutoria propia del régimen general del incumplimiento; pero en caso contrario, deberá ejercer la acción resolutoria especial aplicable al supuesto particular de incumplimiento de la obligación de entrega, en que la cosa vendida presenta vicios ocultos, como acon-

⁶⁷ Art. 1489 CC. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

⁶⁸ Art. 1857 CC. Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios.

⁶⁹ Art. 1858 CC. Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes:

1.^a Haber existido al tiempo de la venta;

2.^a Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio;

3.^a No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.

tece en la especie, consideraciones por las cuales la acción resolutoria general no podrá prosperar.»

Como puede verse, la presencia de un vicio redhibitorio determinaría un cumplimiento imperfecto de la obligación.

De esta manera, *mutatis mutandis*, habrá que convenir lo siguiente: tratándose del artículo 1932 lo que existe en un cumplimiento imperfecto de la obligación del arrendador y, como la Corte estima que las anomalías jurídicas deben procesarse con cargo al artículo 1932, la opinión de la Corte es que aquí existió un cumplimiento imperfecto del arrendador, es decir, un incumplimiento de una de las obligaciones que le impone el artículo 1924 CC.

4. UN PAR DE COMENTARIOS RELATIVOS A LA SUSPENSIÓN

Si se considera que ha existido un incumplimiento del arrendador, en la medida en que concurren los requisitos que configuran su supuesto de hecho, quedan a disposición del arrendatario aquellos remedios diversos de la ejecución específica y la indemnización de perjuicios. En particular, la resolución si el incumplimiento es grave, la adecuación de la renta y, en fin, la suspensión de la obligación de pagarla⁷⁰.

De las situaciones a que pueden dar lugar la utilización de los remedios, la que nos interesa considerar es la suspensión.

Un buen ejemplo de lo anterior se encuentra en el artículo 8.º la Ley portuguesa 4-C/2020 de 6 de abril, según el cual, el arrendatario del local titular del negocio cuya actividad haya estado temporalmente suspendida puede aplazar o posponer la obligación del pago de las rentas vencidas en los meses en los que esté en vigor el estado de emergencia o en el primer mes siguiente, a los 12 meses posteriores al término de tal período.

Nuestro comentario es que resulta completamente intuitivo que mientras no se goce de la cosa se suspenda el pago de la renta. Sin embargo, resulta jurídicamente incorrecto que se aplace o posponga la obligación del pago de rentas vencidas y el arrendatario igualmente quede obligado a cumplirla.

La idea que subyace a la excepción de contrato no cumplido (una idea, probablemente, tan vieja como el comercio) es que una parte no cumple mientras la otra no lo haga; suspende la ejecución de su prestación mientras la otra parte no cumplas la suya. Enton-

⁷⁰ DE LA MAZA y VIDAL (2020).

ces, en una compraventa el comprador suspende su obligación de pago del precio mientras el vendedor no le entregue la cosa. Y si la entrega, el comprador debe pagarle el precio. Pero esa lógica, que funciona correctamente en la compraventa, no resulta adecuada para el arrendamiento.

La ley portuguesa dispone que, mientras dure el caso fortuito, el arrendatario no tendrá que pagar la renta; el pago de las rentas correspondiente al periodo en el que persistan las consecuencias del caso fortuito se aplaza. Como se ve, se sigue debiendo, pero se favorece al arrendatario con un plazo. En otras palabras, se suspende esa obligación de pago, la que se volverá a tornar exigible cuando pase el caso fortuito. Pero, lo que se torna exigible es el pago de las rentas correspondientes al periodo en que el arrendatario no pudo usar y gozar la cosa y la pregunta es la siguiente ¿por qué debería pagar por algo que no pudo utilizar? ¿Qué razón hay para pensar que el arrendatario debe soportar el riesgo del caso fortuito (temporal, en este caso)?

En realidad, al pensar las cosas con mayor cuidado –y aquí viene la respuesta que consideramos jurídicamente correcta– se descubre que la excepción de contrato no cumplido interpuesta por el arrendatario no suspende el cumplimiento de la obligación de pago del arrendatario, sino que se libera de ella por el tiempo que dura la imposibilidad de usar la cosa para el fin que fue arrendada. En otros términos, el arrendatario nada adeuda al arrendador por concepto de rentas mientras persistan las consecuencias de caso fortuito.

Convendrá considerar esta conclusión bajo la luz de las reglas del Título XXVI del Libro IV del Código Civil.

Sabemos que los artículos 1928 y 1932 reconocen al arrendatario el derecho a reducir la renta cuando por una anomalía de la cosa (en este caso jurídica), el arrendatario se ve impedido parcialmente – sea en forma temporal o definitiva – de usar y gozar la cosa para el fin que la que fue arrendada. Al pensar las cosas con suficiente calma, se advierte que el derecho a la reducción del precio, fuera de constituir una adecuación temporal o definitiva del contrato (de un elemento de la esencia), implica la liberación parcial de la obligación del arrendatario de pagar la renta. El arrendatario estará obligado a menos. Y la razón por la que se le libera parcialmente de la obligación es que, por una anomalía jurídica, ha disminuido el uso de la cosa para el fin que fue arrendada y tal liberación parcial de la obligación se mantendrá hasta que cese aquella anomalía que impide el uso (temporal o definitivamente).

Entonces, si por una anomalía jurídica, como fue el caso del acto de autoridad motivado por el COVID-19, el arrendatario se ve

impedido totalmente de usar y gozar la cosa para el fin que fue arrendada, tiene derecho no a la reducción de la renta, sino a librarse de la obligación de pagarla mientras no cesen las consecuencias del caso fortuito y siga privado de tal uso y goce.

Entonces, la excepción de contrato no cumplido respecto de la obligación de pagar la renta no suspende su cumplimiento, sino que libera al deudor de pagarla (extingue temporalmente la obligación de pagar la renta), mientras se mantengan las consecuencias del caso fortuito motivado por el COVID-19.

En fin, por lo que toca a esta suspensión surgen dos cuestiones estrechamente relacionadas.

La primera consiste en que lo que discutirá y, con bastante razón, es que, si bien el arrendatario se ve impedido de usar y gozar la cosa para el fin que la arrendó, podría entenderse que, como mantiene la cosa en su poder y alguna utilidad le presta mientras duran las consecuencias del caso fortuito, lo que procedería no es la liberación total del pago de la renta, sino parcial, esto es, la reducción o adecuación de la renta durante el período que dure el impedimento. Planteadas las cosas de esta manera, el arrendatario dispondría de la rebaja de la renta y no de una excepción de contrato no cumplido en los términos explicados (como liberación de la totalidad de la renta). Desde luego, esta aproximación puede ser discutible, principalmente porque, en el escenario planteado, es suficientemente claro que, por la anomalía jurídica –el acto de autoridad que prohíbe el funcionamiento del local comercial–, el arrendatario está impedido de usar y gozar el inmueble para el fin que contrató. No lo hizo para utilizar el inmueble de bodega, sino para explotar una actividad comercial. Esta es la opinión de Zúñiga al sostener que:

«(...) Aunque suene paradójico, la razón es simple: el pago de la renta nace como obligación correlativa del vínculo tantas veces comentado, pero el arrendatario igualmente está utilizando el inmueble para almacenar o proteger bienes propios, que de no tenerlos en ese lugar implicarían un gasto, así como está ejerciendo una opción o evitando un costo de oportunidad, pues podrá activar rápidamente su negocio tan pronto se levanten las medidas de impedimento. Por otra parte, quien es el dueño del bien está inhabilitado de usarlo (o de disponer materialmente de él) mientras se mantengan dichas circunstancias. Por lo tanto, la razón de este posible pago sería otra: evitar con ello un enriquecimiento injustificado y no por concepto de renta del uso convenido.»⁷¹

⁷¹ ZÚÑIGA (2020), p. 92.

Como quiera que sea, y esta es la segunda cuestión, si entendemos que el arrendatario se libera –total o parcialmente– por el incumplimiento no imputable del arrendador, debemos aceptar que su obligación de pagar la renta se extingue total (excepción de contrato no cumplido) o parcialmente (reducción de precio), –aunque en forma transitoria–. Y aceptar lo anterior, lo cierto es que hemos de aceptar –desde que asumimos una noción amplia de incumplimiento (no realización de lo pactado)– que el arrendatario también incurre en incumplimiento respecto de su obligación de pagar la renta. Y al asumir que hay incumplimiento de su parte, estamos asumiendo que, tratándose del contrato de arrendamiento, al igual que en los otros contratos, la excepción de contrato no cumplido y la reducción de la renta dan lugar a una situación de incumplimientos recíprocos. Hay dos incumplimientos, el del arrendador y el del arrendatario. Si estamos en lo correcto, al haber incumplimientos recíprocos, podemos afirmar, como lo hemos hecho en general, que en los casos que el acreedor suspenda su cumplimiento, procede el ejercicio de la facultad resolutoria por parte de cualquiera de los contratantes. Entonces, en el supuesto que hemos planteado, ambas partes tienen la facultad de terminar el contrato –siempre que incumplimiento sea grave–, esto, el arrendatario y el arrendador.

Es lo que sucede en las sentencias de la Corte Suprema, de 28 de julio de 2022⁷² y de 1 de agosto de 2022⁷³, que, junto con liberar al arrendatario de pago de la renta, se da lugar a la demanda de terminación de contrato por incumplimiento de arrendatario. De cualquier forma, habrá que considerar que al arrendatario se le reprochaba el no pago de las rentas no sólo por el período durante el cual se ve privado del uso y el goce de la cosa, sino que también respecto de períodos no afectados por el impedimento del acto de autoridad.

IV. CONCLUSIÓN

Las páginas que preceden a estas conclusiones se enderezaron en torno a una pregunta: ¿existe un incumplimiento de las obligaciones del arrendador cuando, por un caso fortuito, el arrendatario se ve impedido de utilizar la cosa? La pandemia COVID-19 impuso la necesidad de formularse esta pregunta respecto del arrendamiento locales comerciales.

La respuesta no ha sido pacífica en Chile. Nuestra opinión es que la respuesta debe ser afirmativa. La situación es un caso fortui-

⁷² Corte Suprema, 28 de julio de 2022, Rol núm. 85755-2021.

⁷³ Corte Suprema, 1 de agosto de 2022, Rol núm. 49739-2021.

to que origina un incumplimiento del arrendador. Nos parece, además, que esta es la mejor lectura de las dos sentencias de la Corte Suprema a la que tantas veces nos hemos referido.

Por otra parte, al considerar que existe incumplimiento de arrendador, el arrendatario dispone de la excepción de contrato no cumplido en una versión que no suspende, sino que libera al arrendatario del pago de la renta; también tiene derecho a reducción de la renta; y, en fin, a la terminación del contrato. Dado que el arrendatario al liberarse de pagar la renta o al reducirse su monto incurre en un incumplimiento en sentido amplio, el arrendador tiene derecho a poner término al contrato siempre que el incumplimiento de arrendatario tenga el carácter de grave o esencial.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE, Jaime: «Asignación de riesgos en tiempos de COVID-19: una mirada desde el Arrendamiento», en: *EstadoDiario.com*, 2020a. Disponible en: <https://estadodiario.com/columnas/asignacion-de-riesgos-en-tiempos-de-covid-19-una-mirada-desde-el-arrendamiento/>.
- «De nuevo sobre el arrendamiento de locales: sobre el sentido del artículo 1932 del Código Civil y dos célebres casos ingleses», en: *EstadoDiario.com*, 2020b. Disponible en: <https://estadodiario.com/columnas/de-nuevo-sobre-el-arrendamiento-de-locales-sobre-el-sentido-del-articulo-1932-del-codigo-civil-y-dos-celebres-casos-ingleses/>.
- ALESSANDRI, Arturo: *De la Compraventa y la Promesa de Venta*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, vol. 2, 2011.
- CÁMARA, Sergio: *El arrendamiento de Bienes Muebles*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.
- CAMPOS, Sebastián: *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de los contratos*, Santiago, DER Ediciones, 2020.
- CARRASCO, Ángel: *Derecho de Contratos*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2021.
- CORRAL, Hernán: «Un quilitro entre perros grandes: sobre los efectos del covid-19 en los contratos de arrendamiento de locales comerciales», en: *El Mercurio Legal*, 2020. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908430&Path=0D/DC/>.
- DE LA MAZA, Íñigo, y VIDAL, Álvaro: *Contrato y caso fortuito. Irresistibilidad y consecuencias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- MOMBERG, Rodrigo: «La obligación del arrendatario durante la pandemia por Coronavirus», en: *Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2020a. Disponible en <https://www.pucv.cl/uuaa/derecho/noticias/la-obligacion-del-arrendatario-durante-la-pandemia-por-coronavirus>.
- MOMBERG, Rodrigo: «¿Excesiva onerosidad o excesiva dificultad?», en: *Idealex press*, 2020b. Disponible en: <https://idealex.press/rodrigo-momberg-excesiva-onerosidad-o-excesiva-dificultad/>.
- ORREGO, Juan Andrés: *El Contrato de Arrendamiento* (2.^a edición), Santiago, Editorial Metropolitana, 2011.

- PANTALEÓN, Fernando: «Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales», en *Almacén D Derecho*, 2020 Disponible: <https://almacendedderecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales>.
- RODRÍGUEZ, Javier: «Arrendamiento de oficinas y locales comerciales, pandemia y remissio mercedis», en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 39, pp. 253-269, 2022.
- TAPIA, Mauricio: *Caso fortuito o fuerza mayor* (2.^a edición), Santiago, Thomson Reuters, 2020.
- ZÚÑIGA, Alex: «Notas sobre la renta en el contrato de arrendamiento de inmuebles y el COVID-19», en: LEPÍN, Cristián (dir.): *Caso fortuito o fuerza mayor en el derecho. Estudios a partir de la pandemia de COVID-19*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27 de marzo de 2003, Rol núm. 2206-1998.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 3 de marzo de 2022, Rol núm. 1006-2021.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de junio de 2023, Rol núm. 16955-2022.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de marzo de 2014, Rol núm. 6564-2013.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de marzo de 2003, Rol núm. 3073-2003.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de enero de 2010, Rol núm. 7153-2008.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de noviembre de 2021, Rol núm. 787-2021.
- Corte Suprema, 1 de agosto de 2022, Rol núm. 49739-2021.
- Corte Suprema, 1 de agosto de 2022, Rol núm. 49739-2021.
- Corte Suprema, 13 de agosto de 2015, Rol núm. 7205-2015.
- Corte Suprema, 19 de mayo de 2008, Rol núm. 1287-2008.
- Corte Suprema, 28 de julio de 2022, Rol núm. 85755-2021.
- Corte Suprema, 28 de julio de 2022, Rol núm. 85755-2021.
- Corte Suprema, 29 de septiembre de 2003, Rol núm. 4312-2003.
- Corte Suprema, 6 de diciembre de 2016, Rol núm. 1404-2014.
- Corte Suprema, 6 de octubre de 2016, Rol núm. 55067-2016.

Hacia un nuevo modelo de acciones colectivas: análisis de las propuestas incorporadas en el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia del servicio público de justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios

MARÍA JESÚS SANDE MAYO

Profesora de Derecho procesal

(Acreditada a profesora titular de universidad por la ANECA)

Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

SUMARIO: *I. Introducción.*–*II. La legitimación y el acceso a los medios de prueba.*–*III. La vinculación de los consumidores a la acción colectiva y los acuerdos transaccionales.*–*IV. La fase de certificación de la acción colectiva.*–*V. La financiación de las acciones colectivas.*–*VI. El cumplimiento y ejecución de la sentencia y los procedimientos con pronunciamientos sucesivos.*–*VII. La transposición de la Directiva desde la perspectiva del Derecho comparado: especial referencia a la experiencia de Francia y Portugal.*–*VIII. Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 23 de octubre de 2024 se celebró en la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación de España, el Congreso Internacional «Las acciones colectivas para la protección y defensa

de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios»³, una jornada en la que se dieron cita algunas de las voces más autorizadas del panorama nacional e internacional para debatir sobre el nuevo régimen procesal de acciones colectivas propuesto en el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia del servicio público de justicia y protección de los derechos de los consumidores y usuarios (en adelante, el Proyecto). Posteriormente, el 4 de noviembre, la Comisión de Justicia aprobó el dictamen del Proyecto de Ley Orgánica, del que sin embargo se excluyó la propuesta de reforma de las acciones colectivas, que será incluida en otra norma.

Al margen de lo anterior, centrándonos en el Congreso, este comenzó con una sesión inaugural a cargo del Profesor Antonio Manuel Morales, Catedrático emérito de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid y Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. En su intervención, el Profesor Morales introdujo a los asistentes en los principales temas que serían objeto de análisis y debate a lo largo de la jornada, incidiendo en algunos de los aspectos más controvertidos y novedosos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2020/1828, de 15 de noviembre, relativa a las acciones de representación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores (en adelante, la Directiva).

Como explicaremos a continuación, durante el Congreso se discutieron los siguientes temas: el régimen de legitimación y el acceso a las fuentes de prueba, la vinculación de los consumidores a las acciones colectivas y los acuerdos transaccionales, la fase de certificación, la financiación, el cumplimiento y ejecución de sentencias y el procedimiento con pronunciamientos sucesivos. Asimismo, se abordó la transposición de la Directiva a los ordenamientos jurídicos de Francia y Portugal.

II. LA LEGITIMACIÓN Y EL ACCESO A LOS MEDIOS DE PRUEBA

La primera mesa de la mañana se centró en el estudio de la legitimación y en el acceso a las fuentes de prueba, dos cuestiones centrales comprendidas en las disposiciones comunes del proyectado proceso especial para el ejercicio de acciones colectivas. Esta

³ Congreso organizado en el ámbito del Proyecto de investigación «La protección del consumidor en la era digital» (PID2021-122985NB-I00), financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE. La presente reseña se enmarca igualmente dentro del citado Proyecto de Investigación.

primera mesa contó con la participación de Miryam Vivar Gómez, abogada de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) y Cecilia Rosende Villar, Socia del Departamento de Litigación y Arbitraje del despacho de abogados Garrigues.

1. EL RÉGIMEN DE LEGITIMACIÓN

La determinación de los sujetos legitimados para el ejercicio de acciones colectivas es uno de los aspectos que reviste mayor importancia de la regulación de este instrumento. A este respecto cabe recordar que la resolución que ponga fin al proceso colectivo afectará a la comunidad social en su conjunto –cuando lo que se ejerza sea una acción colectiva de cesación–, así como a los consumidores afectados representados en la acción colectiva –cuando se promueva una acción colectiva resarcitoria–, de ahí que sea indispensable garantizar que el promotor de la acción colectiva sea un «adecuado representante» de los intereses en juego.

Como explicó Miryam Vivar, el Proyecto contempla un nuevo régimen de legitimación cuya principal novedad reside en la definición de un único elenco de sujetos legitimados para la interposición de acciones colectivas de cualquier tipo (esto es, los legitimados podrán ejercitarse tanto acciones de cesación como resarcitorias), lo que se aparta del sistema actual en el que los sujetos legitimados para el ejercicio de una acción colectiva de cesación⁴ –en defensa del interés supraindividual– son diferentes de los legitimados para entablar una acción colectiva resarcitoria –en defensa de los intereses individuales homogéneos⁵–. Además, el Proyecto contempla que la regulación de la legitimación para entablar acciones colectivas se concentre en el proyectado artículo 54 del TRLGDCU, sin perjuicio de las disposiciones sobre legitimación para el ejercicio

⁴ La actual regulación de la legitimación para entablar acciones colectivas de cesación se concreta en el artículo 11 LEC, apartados 4 y 5; también en el artículo 54 TRLGDCU y en las leyes sectoriales en materia de consumo que a raíz de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 98/27/CE, relativa a las acciones de cesación, pasaron a regular la acción de cesación en sus ámbitos de aplicación respectivos (es el caso de la LSSICE, la LCGC, la LGP, la LCC, etc.).

⁵ En la terminología de la LEC vigente «intereses colectivos» (art. 11.2 LEC) e «intereses difusos» (art. 11.3 LEC). De acuerdo con el artículo 11.2 LEC, están legitimados para interponer acciones colectivas en defensa de un grupo de afectados determinado o fácilmente determinable: el propio grupo de consumidores integrado por la mayoría de los consumidores afectados por el hecho dañoso, las asociaciones de consumidores y las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos (también lo estaría el Ministerio Fiscal *ex art.* 11.5 LEC). Estarían legitimados para promover acciones colectivas en defensa de un grupo de consumidores indeterminado o difícilmente determinable, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente representativas, que son las que tienen presencia en el Consejo de los Consumidores y Usuarios (art. 11.3 LEC) y también el Ministerio Fiscal (art. 11.5 LEC).

de acciones colectivas de cesación establecidas en las leyes sectoriales.

El Proyecto no incorpora un cambio de modelo en cuanto a la legitimación, pues en cumplimiento de la Directiva⁶, excluye la legitimación de los consumidores afectados⁷. Ahora bien, el régimen de legitimación propuesto en el Proyecto, lejos de mantenerse invariable como apunta el prelegislador⁸, registra importantes cambios en relación con el vigente:

Por un lado, prescinde de la legitimación de los grupos de consumidores afectados y de las entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses de los consumidores, que actualmente tienen reconocida la capacidad para entablar acciones colectivas resarcitorias en defensa de consumidores determinados o fácilmente determinables (art. 11.2 LEC). Por otro lado, elimina el requisito de representatividad que actualmente deben cumplir las asociaciones de consumidores para entablar acciones colectivas resarcitorias en defensa de consumidores afectados indeterminados (art. 11.3 LEC), reemplazándolo por un proceso de habilitación que todas las asociaciones de consumidores deberán superar para poder actuar como promotoras de los intereses colectivos de los consumidores. Por último, amplía la legitimación extraordinaria de ciertos organismos públicos, permitiéndoles, además de interponer acciones colectivas de cesación, ejercer acciones colectivas resarcitorias.

En definitiva, de acuerdo con el Proyecto tendría reconocida legitimación para entablar acciones representativas, tanto resarcitorias como de cesación (proyectado art. 54 TRLGDCU):

Las asociaciones de consumidores y usuarios habilitadas para el ejercicio de acciones de representación, nacionales o transfronterizas. A este respecto el Proyecto extiende a las asociaciones de consumidores que pretendan entablar acciones de representación

⁶ A este respecto dispone la Directiva en su artículo 4.1 que: «Los Estados miembros velarán por que las acciones de representación tal como se establecen en la presente Directiva puedan ser ejercitadas por las entidades habilitadas designadas por ellos para tal fin»; definiendo a la «entidad habilitada» en su artículo 3 apdo. 4 como: «toda organización u organismo público que represente los intereses de los consumidores, que haya sido designado como tal por un Estado miembro para el ejercicio de acciones de representación de conformidad con la presente Directiva».

⁷ El reconocimiento de legitimación en favor de los consumidores afectados por el hecho dañoso es la opción por la que se decanta, entre otros, el sistema norteamericano de las *class actions*, en el cual cualquier sujeto afectado –tras la certificación de su carácter representativo– puede defender los intereses de toda la clase.

⁸ En la Exposición de Motivos del Proyecto se sostiene lo siguiente: «En cuanto a la regulación de la legitimación activa, se mantiene el régimen existente, pero la ley se centra en la de las entidades habilitadas, efectuando una remisión parcial al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Se regulan, de forma especial, el tratamiento procesal que ha de recibir la desaparición sobrevenida de los requisitos que una entidad que esté ya ejerciendo una acción de representación ha de cumplir para estar habilitada y, por ende, legitimada» (apdo. IV).

nacionales, los requisitos exigidos en la Directiva a aquellas entidades que pretendan recibir habilitación para el ejercicio de acciones transfronterizas⁹.

El Ministerio Fiscal.

La Dirección General de Consumo y los órganos o entidades, de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

Las entidades designadas en otro Estado miembro de la Unión Europea como entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación transfronterizas, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2020/1828.

Este régimen de legitimación diseñado por el prelegislador, tal y como puso de manifiesto la representante de OCU, no ha generando consenso, fundamentalmente porque con la regulación proyectada se daría entrada a un vasto elenco de nuevas asociaciones de consumidores (algunas de ellas constituidas por los propios despachos de abogados) que, cumpliendo unos criterios a su juicio insuficientes para garantizar la adecuada representación de los consumidores afectados, estarían facultadas para promover acciones colectivas. En opinión de Miryam Vivar, la flexibilidad de los requisitos establecidos por el prelegislador para que las asociaciones de consumidores sean reconocidas como promotoras legítimas de este tipo de acciones podría facilitar la iniciación de procesos colectivos que no representen los intereses de los afectados de manera adecuada. Por lo anterior y en sintonía con las enmiendas al Proyecto formuladas por los grupos parlamentarios Popular y Socialista, defendió que únicamente las asociaciones de consumidores que forman o puedan formar parte del Consejo de los Consumidores y Usuarios deberían estar legitimadas para ejercitar acciones colectivas.

Ello no obstante, tal y como indicó uno de los asistentes, la propuesta que pasa por restringir la legitimación a las asociaciones

⁹ De conformidad con el artículo 4.3 de la Directiva, para poder ejercitar acciones transfronterizas, la entidad debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Ser una persona jurídica constituida de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro de su designación y puede demostrar que ha desempeñado de manera efectiva y pública una actividad durante doce meses en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores antes de su solicitud de designación.
- b) En sus estatutos consta que tiene un interés legítimo en proteger los intereses de los consumidores.
- c) Carece de ánimo de lucro.
- d) No está incursa en un procedimiento de insolvencia ni está declarada insolvente.
- e) Es independiente y no está influida por empresarios que tengan un interés económico en el ejercicio de cualquier acción de representación.
- f) Publica en su sitio web la información necesaria para acreditar el cumplimiento de los requisitos anteriores, así como la información relativa a las fuentes de financiación, su estructura organizativa, su gestión y composición, su finalidad estatutaria y sus actividades.

presentes en el Consejo de los Consumidores y Usuarios conlleva un importante riesgo, cual es la posible falta de iniciativa de estas entidades para impulsar acciones colectivas. A este respecto cabe recordar que estas asociaciones de consumidores ya tienen reconocida legitimación bajo el régimen vigente y, sin embargo, el número de acciones colectivas (fundamentalmente resarcitorias) que han entablado hasta la fecha, ha sido testimonial.

Por otro lado, también se puso sobre la mesa la controversia en torno al reconocimiento de legitimación en favor de las asociaciones de ámbito autonómico (cuyos requisitos constitutivos se fijan en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores). En este punto, al ser preguntada por ello, Miryam Vivar se mostró favorable al reconocimiento de su legitimación, pero únicamente para promover acciones colectivas en conflictos que afecten exclusivamente al ámbito de su Comunidad Autónoma. En cambio, si el conflicto es de alcance nacional, opinó que solo las asociaciones de ámbito estatal representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios –por ser las únicas representativas a nivel nacional– deberían tener legitimación para ejercitar la acción.

2. EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA

Otra de las novedades que incorpora el Proyecto viene referida a la regulación del acceso a las fuentes de prueba. Como explicó Cecilia Rosende, el acceso a las fuentes de prueba constituye un mecanismo que se está implementando en sectores específicos dentro de la tutela civil. Inicialmente, se introdujo en el marco de las acciones por daños derivados de infracciones de Derecho de la Competencia, cuya regulación se recoge en el artículo 283 LEC. Posteriormente, se amplió su uso a las acciones relacionadas con secretos empresariales y, recientemente, se ha previsto también para las acciones colectivas. En su incorporación inicial a nuestro ordenamiento jurídico, se evaluó su posible implementación general, considerando la supresión de las diligencias preliminares, sin embargo, finalmente se optó por una integración gradual.

En el caso específico de las acciones colectivas, la normativa de acceso a fuentes de prueba desplazaría la aplicación de la diligencia preliminar de determinación de los afectados por el hecho dañoso prevista en el artículo 256.1.6.^º de la LEC. El Proyecto propone la sustitución de esta diligencia preliminar por un recurso más amplio que permita a la entidad habilitada preparar adecuadamente

la acción colectiva¹⁰. Por ello, gracias a la regulación del acceso a las fuentes de prueba, la actora podrá solicitar de la futura demandada la exhibición no sólo de la relación de afectados, sino de piezas específicas de prueba o de categorías pertinentes de pruebas (que incluso deba confeccionar *ex novo* el requerido), eso sí, «lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada» (proyectado art. 838.2 LEC).

En todo caso, el tribunal, previa la realización del requerimiento, debería realizar un juicio de proporcionalidad con el propósito de limitar la exhibición de las pruebas a lo que sea estrictamente necesario, teniendo en cuenta en el juicio de proporcionalidad todos los intereses en liza (proyectado art. 838.3 LEC). Como señaló Rosende, es fundamental que la aplicación práctica de este acceso sea razonable, permitiéndose únicamente cuando esté debidamente justificado y asegurando, en todo caso, que sea proporcional. Así lo establece la normativa, en vista de la repercusión negativa que esta medida podría tener para la parte contra la cual se solicita.

Como propuesta de mejora técnica, Rosende señaló que sería oportuno que, salvo en los casos en que la finalidad sea la identificación de los afectados y el número de estos, donde tendría sentido su adopción de forma previa o simultánea a la demanda, en los demás casos, específicamente cuando el acceso esté relacionado con la existencia de la infracción, este solo se permita una vez la acción colectiva haya sido certificada. En caso contrario, si la acción no llegara a certificarse, las consecuencias para la parte afectada por la medida podrían ser irreversibles. Además, considera necesario precisar si se exige la prestación de caución, ya que, aunque en principio parecería excluirse, debido a la falta de remisión al artículo 283 *bis c*) de la LEC, no resulta del todo claro a la luz del artículo 283 *bis g*), que prevé la caución como requisito previo a la ejecución de cualquier medida aprobada.

¹⁰ El Proyecto, a la hora de articular el acceso a las fuentes de prueba, se remite parcialmente a lo dispuesto en los artículos 283 *bis* y siguientes de la LEC, en los que se regula la exhibición de las pruebas en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de las infracciones de Derecho de la Competencia. En particular, se remite a lo dispuesto en el artículo 283 *bis b*), en el supuesto de que el tribunal considere que debe facilitarse el acceso a información confidencial, y a los artículos 283 *bis d*) a 283 *bis h*), relativos a la competencia, momento para realizar la solicitud, procedimiento, ejecución de la medida de acceso y consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas acordadas; y al artículo 283 *bis k*, sobre las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba.

III. LA VINCULACIÓN DE LOS AFECTADOS A LA ACCIÓN COLECTIVA Y LOS ACUERDOS TRANSACTIONALES

La segunda mesa de la mañana, dedicada a la vinculación de los consumidores afectados a la acción colectiva y a los acuerdos transaccionales, contó igualmente con dos ponentes de excepción, los Catedráticos Javier López Sánchez, de la Universidad de Zaragoza, y Andrea Planchadell Gargallo, de la Universidad Jaume I, dos investigadores pioneros en el estudio de las acciones colectivas desde la perspectiva del Derecho nacional y del Derecho comparado.

1. LA VINCULACIÓN DE LOS CONSUMIDORES A LA ACCIÓN COLECTIVA

El sistema de vinculación de los consumidores a la acción colectiva, como seguidamente explicaremos, constituye uno de los temas más controvertidos de la transposición de la Directiva al ordenamiento español. Como tuvo ocasión de explicar el Profesor López, a la hora de regular las acciones colectivas resarcitorias, uno de los principales cometidos que debe cumplir el legislador es el de optar por el establecimiento de un sistema de *opt-in* u *opt-out* o por la combinación de ambos¹¹. Así lo exige la Directiva sin mostrar su preferencia por ninguno de los dos sistemas, apartándose así de la Recomendación de la Comisión del año 2013, en la que la opción preferente era el *opt-in*¹².

Los sistemas de *opt-in* son aquellos en los que el promotor de la causa sólo actúa en representación de quienes expresamente manifiestan su voluntad de adherirse a la acción colectiva. De este modo, los efectos de la sentencia vincularán sólo a quienes en el momento procesal preciso al efecto hayan manifestado su voluntad de formar parte de la causa. Su principal ventaja es que preservan en mayor medida la libertad del individuo para acceder al proceso, lo que además facilita la determinación del *quantum* y la ejecución de la sentencia. Sin embargo, entre sus desventajas más notables

¹¹ Este sistema de *opt-out* u *opt-in* no sería aplicable a los procesos colectivos en los que se ejerçiten acciones colectivas de cesación, pues la naturaleza indivisible del interés supraindividual que a su través se protege impone una solución unitaria, de modo que al respecto de esta tipología de intereses no es posible ejercitar un derecho de exclusión o inclusión.

¹² Vid. a este respecto la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (Considerando 21 a 28).

destaca la de sus limitados efectos prácticos, pues el porcentaje de sujetos que llevan a cabo las actuaciones necesarias para adherirse al proceso suele ser muy reducido en comparación con el número total de afectados, puesto que la tendencia natural del individuo en lo que a litigación concierne, es la de la inactividad, que únicamente se verá modulada cuando el daño ocasionado, individualmente considerado, sea de importante entidad.

Los sistemas de *opt-out*, por su parte, se caracterizan porque el promotor de la causa actúa en el proceso colectivo en defensa de todos los perjudicados por el hecho dañoso a excepción de aquellos que hubieran optado expresamente por apartarse de aquella. La gran ventaja de este sistema es su fuerte impacto disuasorio, ya que del mismo modo que los niveles de participación en un sistema de *opt-in* suelen ser muy bajos, igualmente reducido será el número de sujetos que lleve a cabo las actuaciones necesarias para desvincularse de la causa, por eso su alcance es mucho mayor que el del *opt-in*. Por lo anterior, a su través se maximizan las funciones que las *class actions* llevan aparejadas: acceso a la justicia, economía procesal y modificación de conductas. En cuanto a las desventajas, la principal que se señala es que en estos procesos se cuestiona la eficacia del mecanismo de notificación, lo que obliga a aceptar mecanismos de corrección en orden a posibilitar la exclusión, aún después de haber sido dictada la resolución.

Teniendo lo anterior presente, el prelegislador se decantó por el sistema de *opt-out* como regla general (proyectado art. 848.2 LEC), estableciendo dos excepciones: por un lado, contempla la posibilidad de que el juez pueda valorar la pertinencia de adoptar un sistema de *opt-in* en los casos en los que la cuantía reclamada para cada consumidor individualmente considerado supere los tres mil euros¹³, siempre que el establecimiento del *opt-in* resulte necesario para una buena administración de justicia. Por otro, impone el *opt-in* en relación con los consumidores afectados que tengan su residencia habitual fuera de España (proyectado art. 848.3 y 4 LEC).

Esta decisión del prelegislador, sin embargo, no ha generado consenso, contando con un importante número de detractores. Ha sido rechazada, entre otros, por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) –como refleja su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación–, así como por los grupos par-

¹³ En el Anteproyecto de acciones de representación para la defensa de los consumidores y usuarios se previa la cantidad de cinco mil euros. Por su parte, el grupo parlamentario PNV, en las enmiendas presentadas al Proyecto, propone en este punto rebajar la cuantía de los tres mil a los mil quinientos euros. El grupo parlamentario Sumar, en sus enmiendas formuladas al Proyecto, propone que sea la propia entidad habilitada la que, en cada caso, pueda determinar la pertinencia del *opt-in* o el *opt-out*.

lamentarios Popular y Vox, cuyas enmiendas al Proyecto inciden igualmente en la ausencia de garantías que supondría la instauración de un sistema *opt-out*, al no respetar la voluntad de los consumidores afectados. También apuntan la incompatibilidad del sistema de *opt-out* con la tradición jurídica española.

Ahora bien, la instauración de un sistema de adhesión automática o *opt-out* también cuenta con sólidos defensores, como el Profesor López. En su opinión, la aplicación de la acción colectiva bajo un sistema de adhesión expresa o *opt-in* convierte el acceso conjunto al proceso en una simple acumulación de reclamaciones individuales, con la única salvedad de que los consumidores afectados no se personan en la causa, haciéndolo en su nombre la entidad habilitada para promover tales acciones. En este contexto, aunque la entidad habilitada actúe en nombre de los consumidores, la necesidad de que cada afectado manifieste expresamente su adhesión limita el alcance general de la sentencia que pone fin al proceso colectivo. Como resultado, quedarían pendientes tantos procesos individuales como consumidores no se hubieran adherido de manera explícita, siendo previsible que esta falta de adhesión afecte a la mayoría de los potenciales interesados.

En contraste, en un sistema de *opt-out*, la falta de acción por parte de los afectados no impide que la sentencia tenga un alcance amplio y vinculante, dando así una respuesta unitaria al conflicto y excluyendo únicamente a aquellos consumidores que hayan ejercido su derecho de exclusión de manera formal y oportuna. Para el Profesor López, incluso en los casos más complejos, los de reclamaciones de elevada cuantía que involucran a un número indeterminado de afectados, la falta de información en un sistema de *opt-out* no implicaría necesariamente un perjuicio significativo para los consumidores, dado que la acción representativa siempre se ejercería en su interés. Así, aunque reconoce que este sistema puede limitar el derecho de disposición individual, considera que, en ningún caso, llegaría a generar una situación de indefensión absoluta para los consumidores afectados.

La ponencia del Profesor López propició un interesante debate entre los asistentes, con la intervención destacada del Profesor Orduña, quien puso sobre la mesa los recelos que la instauración de un *opt-out* le ocasionaban apelando para ello al principio de efectividad de la Unión Europea. En su opinión, un pronunciamiento futuro del Tribunal de Justicia de la Unión Europea podría poner de manifiesto la oposición del sistema de *opt-out* con este principio central de la política de la Unión.

Otros de los argumentos expuestos por los asistentes en contra del establecimiento de un sistema de *opt-out* incidieron en la idea de que, en el marco de este sistema, el interés principal suele recaer en el demandante y su financiador, quienes buscan maximizar las compensaciones económicas, sin que esto beneficie realmente a los consumidores, quienes a menudo ni siquiera saben de la acción o consideran insignificante el monto a reclamar. Además, señalaron que este sistema podría incentivar demandas temerarias con un importante impacto reputacional para las empresas demandadas, como ya ocurre en Estados Unidos.

2. LOS ACUERDOS TRANSACCIONALES

La Profesora Planchadell, por su parte, abordó otra de las novedades que alberga el Proyecto, en este caso la propuesta de regulación de los acuerdos transaccionales. De conformidad con las previsiones de la Directiva¹⁴, el Proyecto contempla la posibilidad de que, en el marco de los procesos en los que se ejercitan acciones colectivas resarcitorias (quedarían fuera las acciones de cesación)¹⁵, la entidad habilitada y el profesional o empresario puedan alcanzar un acuerdo de resarcimiento, que únicamente sería eficaz tras la oportuna homologación judicial.

Como explicó la Profesora Planchadell, el Proyecto establece dos momentos para solicitar la homologación de un acuerdo de resarcimiento: después de la certificación de la acción (proyectados arts. 864 a 866 LEC) o antes de esta certificación (proyectados arts. 867 a 872 LEC). En cada caso, el procedimiento y los requisitos que deberá considerar el juez para homologar el acuerdo varían.

a) Propuesta de acuerdo tras la fase de certificación

Una vez certificada la acción colectiva, las partes (es decir, la entidad demandante y el demandado) podrían solicitar al tribunal la homologación de un acuerdo de resarcimiento para los consumidores afectados. El tribunal, igualmente, podría promover que las partes intentaran alcanzar dicho acuerdo, suspendiendo temporalmente el proceso por un plazo máximo de tres meses.

¹⁴ Vid. a este respecto el artículo 11 Directiva.

¹⁵ Como tuvimos ocasión de señalar anteriormente, el interés protegido por medio de las acciones colectivas de cesación es un interés supraindividual o social que pertenece de modo indivisible a la colectividad de los consumidores, estamos, por lo tanto, ante un interés indisponible.

La solicitud de homologación del acuerdo debería incluir una propuesta detallada sobre la compensación que se abonaría a cada beneficiario o categoría de ellos. De ser posible, se expresaría el importe total que habría de abonarse como indemnización, así como los criterios y el procedimiento para distribuirlo entre los consumidores y usuarios afectados. Tratándose de otras medidas resarcitorias, expresaría igualmente su contenido y el modo en que los consumidores y usuarios podrían beneficiarse o acceder a ellas. En la solicitud, además, las partes tendrían que exponer sucintamente los motivos por los que consideren que el acuerdo propuesto es justo y razonable.

La homologación del acuerdo por el tribunal sería una etapa crucial, ya que el juez verificaría que el acuerdo no lesionara los derechos de los consumidores, no es contrario a normas imperativas y que no está sujeto a condiciones que no puedan cumplirse. Si el acuerdo no cumpliera con estos criterios, el tribunal podría denegar su homologación, aunque se otorgaría una «segunda oportunidad» para reformularlo y presentar una nueva solicitud. La decisión de denegar la homologación sería apelable y tendría efecto suspensivo.

Si la homologación fuese aprobada, se determinarían los consumidores afectados y se establecerían las condiciones de vinculación al acuerdo. Como norma general, este vincularía a los consumidores afectados que no hubieran manifestado explícitamente su deseo de desvincularse de la acción colectiva (*opt-out*). Sin embargo, en los supuestos en los que las cuantías reclamadas para cada consumidor superasen los tres mil euros, el juez podría decidir – cuando la buena administración de justicia así lo aconsejase–, el establecimiento de un *opt-in*. En el caso de consumidores residentes fuera de España, estos tendrían necesariamente que expresar su voluntad de vincularse mediante el sistema *opt-in*.

El efecto vinculante del acuerdo homologado impediría la interposición de demandas colectivas adicionales con el mismo objeto. Con todo, es relevante destacar que la homologación de un acuerdo de resarcimiento no implicaría un reconocimiento de responsabilidad o culpabilidad por parte del empresario, lo que se contempla como una medida para fomentar la resolución amistosa y evitar litigios prolongados.

b) Propuesta de acuerdo antes de la fase de certificación

El Proyecto también contempla la posibilidad de que las partes alcancen acuerdos de resarcimiento antes de la certificación de la

acción. En estos casos, el acuerdo debería especificar el monto que recibiría cada beneficiario y, si fuera posible, la cantidad total de la indemnización, así como los criterios y el procedimiento para su distribución entre los consumidores afectados. De haber otras medidas resarcitorias, el acuerdo debería incluir su contenido y el mecanismo para que los consumidores se beneficiaran de ellas. Además, debería asegurar que se cumplen los requisitos necesarios para la certificación de la acción resarcitoria.

En la fase de homologación del acuerdo, el tribunal evaluaría si el acuerdo vulnera los derechos de los consumidores, si contraviene normas imperativas, si contiene condiciones imposibles de cumplir, y si cumple los presupuestos de certificación de la acción, dado que, en caso contrario, no podría homologarlo.

Si el tribunal rechazara la homologación del acuerdo, el procedimiento continuaría. Si, por el contrario considerara que el acuerdo cumple con todos los requisitos, fijaría un plazo de entre dos y seis meses para que los consumidores pudieran manifestar su voluntad de no quedar vinculados. Excepcionalmente, el tribunal podría requerir la adhesión expresa solo en acuerdos donde la compensación superara los tres mil euros. Además, el tribunal encargaría a la entidad demandante la creación de una plataforma electrónica para facilitar la vinculación o desvinculación de los consumidores y garantizaría la difusión adecuada del acuerdo, prestando especial atención a los consumidores vulnerables.

Para asegurar la transparencia y protección de los derechos de los consumidores, el Proyecto prevé que, en la comunicación individual y en la publicación se tendría que especificar, de forma clara y comprensible, que los consumidores y usuarios que hayan de verse afectados pueden manifestar expresamente su voluntad para desvincularse del acuerdo homologado o, en su caso, para vincularse a él, indicando el plazo y la forma de acceder a la plataforma electrónica para hacerlo. La interposición por parte de los consumidores afectados de reclamaciones individuales o agrupadas con el mismo objeto dentro del plazo de adhesión se interpretaría como una decisión de no unirse al acuerdo. Lo mismo sucedería si iniciasen procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos con el mismo objeto en dicho plazo. Una vez vencido este, no se permitirían demandas individuales adicionales con el mismo objeto, ni ante el tribunal ni a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Lo decisivo para que la propuesta de regulación de los acuerdos colectivos sea garantista es que los consumidores puedan ejercitar su derecho de separación, de ahí que la ponente pusiese el foco en

la necesidad de arbitrar mecanismos de publicidad y sistemas de desvinculación eficaces.

IV. LA FASE DE CERTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN COLECTIVA

La cuarta mesa, centrada en la fase de certificación de las acciones colectivas, corrió a cargo del Profesor Javier Orduña Moreno, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia y exmagistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

El establecimiento de una fase de certificación en los procesos en los que se ejerciten acciones colectivas resarcitorias es clave. El prelegislador español ha decidido incorporarla por iniciativa propia¹⁶ –no se prevé en la Directiva–, inspirándose para ello en la regulación de las *class actions* norteamericanas. En el sistema norteamericano de las *class actions*, en la fase de certificación de la acción el juez debe valorar, de conformidad con la Regla núm. 23 a) de las *Federal Rules of Civil Procedure*, que quien se postula como representante de la clase es un representante adecuado (*adequacy of representation*) y que la clase es tan numerosa que el ejercicio acumulado de las diversas acciones devendría impracticable (*numerosity*). Además, tendrá que analizar si existe identidad fáctica entre los miembros del grupo (*commonality*) y, por último, deberá corroborar que la acción entablada sea típica, esto es, que sea representativa de la que, en su caso, podría ser entablada por cada uno de los miembros de la clase si hubieren promovido la acción (*Typicality*)¹⁷.

La decisión del prelegislador español de incluir esta fase exclusivamente en los procesos de acciones colectivas resarcitorias es acertada, ya que la protección abstracta que se persigue con las

¹⁶ La importancia de incorporar esta fase procedural venía siendo reclamada por la doctrina.

¹⁷ Lo cierto es que este último parámetro se encuentra íntimamente ligado al primero, con lo que no resulta fácil su distinción. De hecho, en algunas ocasiones ha llegado a ser obviado o subsumido en la *commonality* o en la *adequacy of representation*. Ello no obstante, en otros supuestos sí se hace mención separada de esta exigencia, distinguiéndola de las otras dos mencionadas, por ejemplo, en el caso *Dolgow v. Anderson*, 43 F. R. D. 472- E. D. N. Y., 1968. A su vez, al margen de los requisitos explícitos contenidos en la referida norma, los tribunales han venido identificando otros presupuestos implícitos cuya concurrencia es igualmente exigida. Estos últimos serían, esencialmente, tres: a) que se trate de una clase definible, b) que el representante sea miembro de la clase y c) que se trate de una controversia viva que no encierre cuestiones irrelevantes. Sobre tales requisitos explícitos e implícitos *vid. KLONOFF, R. H., BILICH, E. K. M., Class actions and other multi-party litigation. Cases and materials*, American Casebook Series, West Group, St. Paul, Minn, 2000, pp. 41 y ss.

acciones de cesación hace innecesaria su aplicación en estos casos. Sin embargo, otros aspectos de la regulación de esta fase en el Proyecto presentan ciertas deficiencias, como la ausencia del requisito de la «numerosidad» y, como analizaremos a continuación, exigen un mayor esfuerzo legislativo.

Esta fase de certificación, tal y como ha sido diseñada en la proyectada reforma, se dividiría en dos momentos:

En el primer momento o fase de la audiencia de certificación, el juez resolvería las cuestiones procesales (incluida la jurisdicción y competencia) que, o bien hayan podido plantear la parte demandada o pueda él mismo apreciar de oficio, así como las correspondientes a la legitimación de la promotora de la acción (proyectado art. 846.1 LEC). Si por la constatación de algún impedimento procesal o relativo a la legitimación de la promotora del proceso colectivo, el juzgador tuviera que sobreseer la causa, lo acordará así mediante auto (recurrible en apelación) en el que no se pronunciará sobre la certificación (proyectado art. 846.1 III LEC).

Finalizada la fase anterior sin que exista ningún impedimento para la continuación del procedimiento, en el marco de la certificación propiamente dicha, el juzgador tendrá que valorar tres extremos: la «homogeneidad»¹⁸; la licitud de la financiación con la que cuente la promotora de la causa –lo que pasa por examinar posibles conflictos de intereses (proyectados arts. 846.2 en relación con el art. 850.2 LEC)–; y, en su caso, el carácter manifiestamente infundado de la demanda (proyectado art. 847.3 LEC).

Esta segunda etapa ha sido objeto de las mayores críticas. En particular, el profesor Orduña ha señalado la falta de desarrollo normativo en aspectos fundamentales de esta fase, destacando especialmente la ausencia de criterios claros respecto al requisito de homogeneidad, cuya correcta evaluación es crucial para garantizar la viabilidad de la acción colectiva que se pretende promover. El profesor Orduña subrayó la necesidad de que el legislador defina los elementos que el juez debería considerar para evaluar adecuadamente su cumplimiento.

En cuanto a los efectos del auto que deniega la certificación (una vez que gana firmeza), dispone el proyectado artículo 854.3 LEC que no será admisible otra acción de representación resarcitoria con el mismo objeto. A este respecto es necesario tener presente

¹⁸ De acuerdo con el proyectado artículo 847.2 LEC «Se entenderá que existe homogeneidad cuando, en atención a la normativa sustantiva aplicable, resulte posible determinar la concurrencia de la conducta infractora, el daño colectivo cuyo resarcimiento se solicita y el nexo causal entre ambos sin necesidad de tomar en consideración aspectos fácticos o jurídicos que sean particulares a cada 1 de los Consumidores y Usuarios afectados por la acción».

que la denegación de la certificación únicamente puede obedecer a dos causas: la constatación de la falta de homogeneidad o de que la demanda es manifiestamente infundada. En el caso de que el juzgador aprecie un conflicto de intereses con el financiador, requerirá a la entidad habilitada para que renuncie a la financiación o para que la modifique y, si no lo hace en el plazo establecido, procederá al sobreseimiento del proceso (proyectado art. 850.3 LEC), lo que no impediría entablar una acción representativa posterior contra el mismo demandado y con base en la misma infracción.

Una vez que el juzgador ha dictado el auto de certificación, en el que habrá consignado los datos referentes a la infracción, los consumidores afectados por el hecho dañoso y el plazo del que disponen para, en su caso, apartarse de la acción colectiva, lo determinante será arbitrar los mecanismos de publicidad para que los consumidores puedan ejercitar su derecho de separación (en el marco del *opt-out*) o de adhesión (en el marco de un *opt-in*).

V. LA FINANCIACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

La primera mesa de la tarde abordó la financiación de las acciones colectivas, con especial referencia a la participación de terceros en esta tarea (*third party litigation funding*). La mesa contó con la participación de Luis Francisco García Perulles, abogado y coordinador del grupo de trabajo sobre acciones colectivas de ADICAE, y Jesús Rodrigo Lavilla, Consejero Delegado de PLA *Litigation Funding* y Abogado del Estado excedente, quienes compartieron con los asistentes sus perspectivas sobre la financiación de las acciones colectivas.

Los problemas asociados con la financiación de las acciones colectivas resarcitorias explican, al menos en parte, la falta de efectividad práctica de este mecanismo de protección de los intereses colectivos de los consumidores en nuestro ordenamiento jurídico. Aun así, al transponer la Directiva, el prelegislador, que sí ha realizado un esfuerzo significativo al diseñar un sofisticado proceso especial en materia de acciones colectivas; no ha abordado de manera rigurosa la regulación de la financiación de estos procesos, lo que podría comprometer la viabilidad práctica del nuevo sistema propuesto.

En materia de financiación, el Proyecto se ha limitado a reconocer la posibilidad de que las acciones colectivas resarcitorias sean financiadas por terceros ajenos a la causa (*Third Party Litigation Funding*), regulando en lo más básico el control que en su fiscaliza-

zación podrá ejercer el juzgador –fundamentalmente durante la audiencia de certificación–, sin definir a tal efecto los criterios en los que ha de basarse en la ejecución de este cometido. Tampoco se pronuncia el Proyecto sobre las medidas de «Asistencia para entidades habilitadas», a las que alude la Directiva 2020/1829 en su artículo 20.

No obstante, los representantes de las asociaciones de consumidores (en este caso, ADICAE) y de los fondos de litigación (*PLA Litigation Funding*) expresaron en el Congreso opiniones marcadamente divergentes sobre la conveniencia de incorporar a terceros financiadores en las acciones colectivas y las condiciones bajo las cuales debería permitirse su participación.

El primer ponente en intervenir fue García Perulles, quien destacó la autosuficiencia de ADICAE, la asociación de consumidores a la que representa, para financiar acciones colectivas resarcitorias sin recurrir a fuentes de financiamiento externas. Según explicó, esta independencia ha sido posible gracias a los fondos propios de la asociación y a las contribuciones de sus socios en cada caso. García Perulles subrayó que este modelo de autofinanciamiento ha permitido a ADICAE preservar su independencia y cubrir de manera solvente los costes que normalmente asumen las entidades promotoras de acciones colectivas. No obstante, advirtió que los nuevos gastos previstos en la reforma, como los relacionados con la creación y el mantenimiento de una plataforma electrónica para gestionar el procedimiento y habilitar el mecanismo que permita a los afectados ejercer su derecho de separación, hacen necesarias mayores ayudas públicas. Para García Perulles, las dificultades financieras que puedan enfrentar las entidades habilitadas en el futuro no deberían solucionarse mediante la incorporación de terceros financiadores.

A raíz de esta primera intervención, uno de los asistentes intervino con el fin de poner de manifiesto la tensión existente entre la autosuficiencia declarada y las limitaciones reales del sistema de acciones colectivas. Se apoyó a este respecto en el escaso número de acciones colectivas resarcitorias promovidas por asociaciones de consumidores en los veinticuatro años de vigencia del sistema en España, sugiriendo que el modelo de financiación actual podría no ser suficiente para iniciar acciones colectivas con la frecuencia o el alcance necesarios para proteger eficazmente a los consumidores.

Por su parte, Rodrigo Lavilla abordó los obstáculos que frenan a los fondos de litigación a la hora de financiar acciones colectivas en España. Entre los factores disuasorios mencionó la baja rentabilidad esperada debido a los largos plazos procesales y a la limita-

ción del retorno de la inversión que podría imponerse, como propone la enmienda 355 formulada por el grupo parlamentario socialista, que establece un tope del 30% sobre el importe total reconocido en sentencia o del 200% de la financiación aportada. Rodrigo Lavilla opinó que el sistema se ha diseñado sin suficiente conocimiento de la industria de financiamiento de litigios y que, a corto plazo, las acciones colectivas no serán atractivas para los finanziadores.

VI. EL CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS Y LOS PROCEDIMIENTOS CON PRONUNCIAMIENTOS SUCESIVOS

La segunda mesa de la tarde, dedicada a la ejecución y a los procedimientos con pronunciamientos sucesivos, contó con la participación de dos de las principales expertas en tutela colectiva de los consumidores en España: la Profesora Teresa Armenta Deu, Catedrática emérita de Derecho Procesal de la Universidad de Girona, y María Jesús Ariza Colmenarejo, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid. Armenta Deu expuso la regulación de la fase de ejecución prevista en el Proyecto, mientras que la Profesora Ariza presentó a los asistentes el innovador procedimiento con pronunciamientos sucesivos que introduce el Proyecto.

1. EL CUMPLIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

La ponencia de la Profesora Armenta analizó la propuesta contenida en el Proyecto sobre el cumplimiento y la ejecución de las sentencias que concluyen los procesos colectivos. El Proyecto excluye la posibilidad de ejecución provisional y busca fomentar el cumplimiento voluntario por parte del condenado, con la intención de que la ejecución forzosa sea solo una medida residual.

a) La sentencia

El Proyecto parte de que, en la sentencia estimatoria que ponga fin al proceso colectivo en el que se hubiera ejercitado una acción colectiva resarcitoria, el juzgador identificará de manera individualizada a los consumidores a los que se extenderán sus efectos y,

cuando lo anterior no sea posible, indicará los requisitos que han de reunir para verse beneficiados por ella (proyectado art. 860.1 LEC).

En el caso de condenas dinerarias, habría que distinguir dos posibilidades en función de si los afectados se encuentran determinados o no (proyectado art. 860.2 a 5 LEC):

i. Si los afectados se encuentran determinados, la sentencia especificará la cantidad que corresponde a cada uno de ellos o, en su caso, a cada una de las categorías en que aquellos deban agruparse. Igualmente, especificará el plazo en el que se deberá de llevar a cabo el pago y la multa prevista por cada día de retraso.

ii. Si estuvieran indeterminados, la sentencia fijará una cantidad a tanto alzado que represente el importe máximo debido. Esta cantidad podrá ampliarse si, en el procedimiento de liquidación, se demuestra insuficiente. Igualmente, especificará el plazo en el que se deberá de llevar a cabo el pago y la multa prevista por cada día de retraso.

En el caso de que la condena sea no dineraria, se establecerá el plazo y la forma de cumplimiento y las actuaciones que deban llevar a cabo los consumidores y usuarios para que se hagan efectivas las medidas de resarcimiento a que tengan derecho y el plazo para ello. Como en los casos anteriores, se impondrá una multa por día de retraso en función del número de beneficiarios, el tipo de prestación debida y la capacidad económica del condenado (proyectado art. 860.6 LEC).

La resolución judicial será susceptible de ser recurrida en apelación y casación, ambos con carácter preferente.

b) El cumplimiento y ejecución de condenas al pago de cantidades de dinero

Una vez firme la sentencia condenatoria que impone el pago de una cantidad de dinero a favor de los consumidores, los proyectados artículos 873 a 881 de la LEC recogen una propuesta de regulación del cumplimiento y de la ejecución de estas sentencias de condena dineraria.

Si la sentencia identifica a los consumidores beneficiarios, el condenado estará obligado a recabar de ellos la información necesaria para realizar el pago. En caso de que, por motivos no imputables al condenado, el pago directo no sea posible, este podrá consignar el importe en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial (proyectado art. 873 LEC). Si el condenado no efectúa el pago de forma voluntaria, el beneficiario que no haya

recibido, total o parcialmente, el monto adeudado podrá solicitar al juzgado la ejecución por el importe al que considere tener derecho. Esta solicitud puede realizarse directamente mediante un formulario estandarizado –sin necesidad de abogado ni procurador–, o a través de la entidad habilitada, que deberá tener operativa la plataforma electrónica para gestionar estas solicitudes (proyectado art. 874 LEC).

Si la sentencia condenatoria no identifica a los consumidores beneficiarios, el demandado deberá ingresar la cantidad a la que hubiere sido condenado, en la cuenta de depósitos y consignaciones del tribunal (proyectado art. 875 LEC). Transcurrido el plazo fijado sin que se haya procedido al pago, se despachará la ejecución de oficio (proyectado art. 876 LEC).

Una vez que la cantidad objeto de condena esté a disposición del tribunal, se designará al liquidador para que proceda a su distribución entre los beneficiarios. En este punto, el Proyecto introduce un cambio respecto al Anteproyecto, como señala la Profesora Armenta, al prever la designación de un liquidador profesional con experiencia contable que se encargue de la distribución, en lugar de la entidad demandante habilitada propuesta en el Anteproyecto (proyectado art. 877 LEC).

Mediante auto, el tribunal pondrá a disposición del liquidador la cantidad que habrá de ser distribuida y fijará el plazo dentro del cual habrá de completar las operaciones necesarias a tal fin. También se le dará acceso a la plataforma electrónica del proceso, para que los beneficiarios puedan solicitar el cobro sin necesidad de abogado o procurador. Además, el proyectado artículo 878.1 LEC establece que el liquidador debe reservar, si corresponde, una parte de la cuantía para el tercero financiador del proceso.

Asimismo, el liquidador podrá solicitar al tribunal un ajuste de la cuantía si esta se revela insuficiente para cubrir a todos los beneficiarios. Cualquier controversia relativa a la distribución de los fondos será resuelta por el tribunal que conoció la acción colectiva en primera instancia. Una vez completado el proceso de liquidación, el liquidador deberá rendir cuentas al tribunal, con detalle de los pagos efectuados a los beneficiarios (proyectado art. 880 LEC).

Aprobadas las cuentas del liquidador, el proyectado artículo 881 de la LEC prevé que cualquier remanente resultante del proceso de liquidación será devuelto al condenado, descartando la aplicación del mecanismo *cy-près* propio de otros sistemas jurídicos, en los que los remanentes pueden destinarse a terceros, como organizaciones benéficas o sin fines de lucro.

c) El cumplimiento y ejecución de condenas no dinerarias

En el caso de las sentencias que imponen condenas no dinerarias, una vez que la sentencia sea firme, el condenado debe cumplir con las prestaciones impuestas a favor de los beneficiarios identificados. En supuestos de afectados no identificados, estos deberán acreditar ante el condenado que cumplen con los requisitos establecidos en la sentencia (proyectado art. 882 LEC).

Si el condenado no cumple voluntariamente la condena, los beneficiarios podrán solicitar la ejecución de la prestación ante el tribunal mediante un formulario, sin necesidad de abogado o procurador. Esta solicitud también podrá realizarse a través de la entidad habilitada, que debe mantener operativa la plataforma electrónica a tal fin (proyectado art. 883 LEC). En caso de que el condenado dispute la condición de beneficiario de algún solicitante, este podrá reiterar su solicitud ante el tribunal, que resolverá tras valorar las alegaciones y pruebas presentadas por ambas partes. Si el tribunal reconoce al solicitante como beneficiario, fijará un plazo para el cumplimiento y, en caso de incumplimiento, se activarán de oficio las medidas de ejecución y las sanciones correspondientes (proyectado art. 884 LEC).

2. LOS PROCEDIMIENTOS CON PRONUNCIAMIENTOS SUCESIVOS

Entre las innovaciones del Proyecto destaca la propuesta de introducir un procedimiento con pronunciamientos sucesivos para los procesos en los que se ejerciten acciones colectivas resarcitorias destinadas a reclamaciones dinerarias.

Como explicó la Profesora Ariza, el proyectado artículo 863 LEC introduce un procedimiento escalonado, permitiendo que el juez, tras la fase de certificación, se centre en el marco de un primer proceso, en la responsabilidad del demandado, sin abordar aún la cuantificación de la indemnización. Si se declara responsable al empresario, se dictaría una primera sentencia y luego se abriría una segunda fase para establecer los daños a compensar. Esta estructura busca una mayor eficiencia al evitar la cuantificación si no se halla responsabilidad, ahorrando tiempo y costes innecesarios en casos en los que no se deba indemnizar. Además, en caso de que la primera sentencia sea favorable para el demandante, se incrementa la probabilidad de que las partes lleguen a un acuerdo, evitando así la necesidad de la segunda fase.

Sin embargo, el procedimiento escalonado no está exento de dificultades. El artículo permite que el juez tome esta decisión en el auto de certificación, pero no especifica cuándo debe solicitarse formalmente, ni establece claramente quién puede solicitarlo. Lo oportuno sería que la solicitud pudiera hacerla cualquiera de las partes (aunque la decisión final correspondiese al juez) antes del auto de certificación, idealmente en la demanda inicial o durante la audiencia de certificación, permitiendo así una planificación procesal más clara y eficiente.

Por otro lado, en buena parte de las ocasiones, la determinación de la responsabilidad del empresario requerirá del análisis del vínculo causal o lógico del ilícito civil con el resultado dañoso, por lo que la disociación de estas dos cuestiones en procesos independientes podría resultar inconveniente.

El Proyecto, por otro lado, únicamente prevé la posibilidad de apelar la segunda sentencia, que se limita a la cuantificación de los daños, dejando fuera la posibilidad de apelar la sentencia inicial sobre responsabilidad, lo que también parece desafortunado.

En suma, aunque el enfoque busca simplificación y eficiencia, el diseño y su implementación podrían mejorar con una regulación más detallada que no comprometa los derechos y las garantías de los consumidores en los procedimientos colectivos.

VII. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO: ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPERIENCIA DE FRANCIA Y PORTUGAL

La última mesa de la tarde exploró el Derecho comparado, con especial atención a la implementación de la Directiva en los sistemas jurídicos de Francia y Portugal. Esta mesa contó con la participación del Profesor Yves Picod, Profesor de la Universidad de Perpiñán (Francia), y Nuno Manuel Pinto Oliveira, Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia y Profesor de la Universidad de Miño (Portugal).

1. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO FRANCÉS DE LA DIRECTIVA

El Profesor Picod explicó a los asistentes el estadio en el que se encuentra la transposición al ordenamiento francés de la Directiva. El proceso ya ha comenzado y se desarrolla sobre la base de un proyecto de ley parlamentaria presentado el 15 de diciembre de 2022, en el que se reflejan los siguientes aspectos clave:

En cuanto al ámbito de aplicación, la propuesta amplía el tipo de daños que pueden ser reparados, abarcando tanto daños económicos como no económicos, e incluso daños corporales. También se introduce una «sanción civil» adicional en caso de daños masivos que busca disuadir las conductas ilícitas al imponer sanciones financieras adicionales.

Por otro lado, en lo concerniente a la legitimación para promover acciones colectivas, se reconoce esta no solo a las asociaciones nacionales de consumidores, sino también a las locales e incluso asociaciones *ad hoc* (con al menos 50 personas físicas o 5 personas jurídicas). Se distingue entre la acción nacional y la transfronteriza, con diferentes requisitos para cada una.

En lo relativo a la financiación, se prohíbe el financiamiento por terceros con fines lucrativos. Es decir, se permite el financiamiento no lucrativo de las acciones colectivas, y se establece que los financiadores no pueden tener intereses económicos directos en el resultado de la acción.

En cuanto al sistema de vinculación de los afectados por el hecho dañoso a la acción colectiva, en Francia, la propuesta mantiene el sistema de «*opt-in retardado*» donde los consumidores deben unirse a la acción solo después de que se haya dictado una sentencia de responsabilidad. Esta opción previene problemas de constitucionalidad y evita litigios innecesarios, aunque algunos consideran que el «*opt-out*» sería más efectivo en ciertas áreas de consumo.

Se prevé que los casos de acciones colectivas se concentren en tribunales especializados para asegurar una mayor coherencia en la jurisprudencia. Esto está destinado a mejorar la eficiencia y calidad de las decisiones judiciales en acciones colectivas, aunque la carga de trabajo y recursos es una preocupación.

2. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO PORTUGÉS DE LA DIRECTIVA

En Portugal, a diferencia de lo que acontece en Francia y España, sí se ha completado el procedimiento de transposición de la Directiva. El Profesor Pinto ilustró a los asistentes sobre algunos de los aspectos clave del nuevo sistema de tutela colectiva en Portugal.

En particular, de acuerdo con las previsiones de la Directiva, se amplía el ámbito de aplicación de las acciones colectivas nacionales y transfronterizas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores, basadas en infracciones (i) cometidas por comerciantes contra las disposiciones de la legislación nacional y de la Unión Europea mencionadas en el anexo I de la Directiva (incluida la legislación sobre determinados aspectos de los contratos de compraventa de mercancías, el Reglamento general de protección de datos, la legislación sobre privacidad electrónica y la legislación sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores) y ii) que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores.

En cuanto a la legitimación activa, las asociaciones, fundaciones y autoridades locales siguen teniendo derecho a emprender acciones colectivas en defensa de los derechos e intereses de los consumidores. Ello no obstante, con el fin de garantizar la armonización con los criterios de designación de las entidades habilitadas a efectos de la interposición de acciones colectivas transfronterizas, se amplía la lista de requisitos de legitimación activa (que ahora incluye requisitos relativos a la independencia de las asociaciones y fundaciones y a la financiación de las acciones colectivas por terceros).

Además, para favorecer la transparencia de la financiación por terceros de las acciones colectivas, los demandantes están obligados a poner a disposición del tribunal el acuerdo de financiación, incluido un resumen financiero que enumere las fuentes de financiación utilizadas para apoyar la acción colectiva, y este acuerdo debe, en los términos del decreto-ley, garantizar la independencia del demandante y la ausencia de conflictos de intereses. Los demandantes de acciones colectivas también están obligados a hacer pública en su página web diversa información relativa a cada acción colectiva que interpongan.

En relación con el sistema de vinculación de los consumidores afectados a las acciones colectivas, se mantiene el mecanismo de *opt-out* establecido en la Ley de Acciones Populares, pero se esta-

blece que los consumidores que no residan habitualmente en Portugal en el momento de interponer la acción colectiva deberán manifestar su voluntad de ser representados en la acción para quedar vinculados por su resultado.

VIII. CONCLUSIONES

El prelegislador ha hecho un gran esfuerzo a la hora de diseñar un sofisticado proceso especial para garantizar la adecuada tutela de los intereses colectivos de los consumidores. Las especialidades procesales que rigen estos procesos se encuentran hoy en día dispersas a lo largo de la LEC (desde el art. 6 al art. 519) y también en una diversidad de leyes sectoriales, lo que ha representado un obstáculo importante en la promoción de acciones colectivas. Por lo anterior, la ideación de este proceso especial supone, desde un punto de vista sistemático, un claro avance.

Ahora bien, las distintas medidas que debe incorporar el legislador para dar cuerpo a este proceso especial plantean importantes interrogantes:

La adecuada regulación de la legitimación es uno de los aspectos más relevantes del procedimiento de acciones colectivas, ya que el promotor de la acción ha de garantizar en todo momento la adecuada representación de los intereses de los afectados ausentes. En este punto, sin embargo, la flexibilidad de los requisitos exigidos por el prelegislador a las asociaciones de consumidores para que puedan entablar acciones colectivas –sin la articulación de mecanismos de control adicionales–, pudiera favorecer la interposición de acciones que no respondan, como debieran, a los intereses de los consumidores pertenecientes a la clase representada.

La regulación del acceso a las fuentes de prueba, por su parte, representa un claro avance en comparación con el actual mecanismo preparatorio del proceso, limitado a la diligencia de determinación de los afectados (art. 256.1.6 LEC). Este mecanismo, al enfocarse solo en la identificación de los afectados por el hecho dañoso, resulta insuficiente para preparar adecuadamente el proceso colectivo. Además, en este ámbito se puede aprovechar la experiencia adquirida en otros sectores donde el acceso a las fuentes de prueba ya ha sido implementado con anterioridad.

Otro de los aspectos capitales de la regulación de los procesos colectivos, también uno de los más controvertidos, reside en el sistema de vinculación de los afectados a la acción colectiva por el que se opte. El debate sobre el sistema de adhesión de los consumi-

dores (*opt-in* y *opt-out*) refleja posturas diversas. Aunque el Proyecto se inclina por el modelo de *opt-out* para maximizar el alcance de las acciones colectivas, su implantación suscita preocupaciones sobre la eficacia del sistema para notificar a todos los afectados y acerca de su compatibilidad con la tradición jurídica española.

La regulación expresa de los acuerdos en el marco de los procesos colectivos también constituye un acierto, aunque la posibilidad de que estos acuerdos puedan ser alcanzados antes de la fase de certificación de la acción, plantea mayores dificultades prácticas. En todo caso, el éxito del sistema de acuerdos en acciones colectivas dependerá en gran medida de la articulación de sistemas efectivos de publicidad que garanticen el ejercicio de separación por parte de los consumidores afectados.

La incorporación de la fase de certificación en las acciones colectivas resarcitorias también representa un avance significativo, pues permite valorar la viabilidad de la acción y asegura que se cumplan los requisitos necesarios para su correcta representación. Sin embargo, el diseño de esta fase en el Proyecto presenta deficiencias, especialmente la falta de claridad en aspectos fundamentales como el requisito de «homogeneidad» y la ausencia de un criterio para evaluar la « *numerosity*». Estos vacíos normativos deben ser corregidos mediante un mayor desarrollo legislativo para garantizar la efectividad y coherencia del proceso de certificación y asegurar una adecuada protección de los derechos de los consumidores.

La efectividad del proceso colectivo dependerá de una ejecución ágil y garantista de las sentencias que lo concluyen. Una vez que el tribunal ha homologado un acuerdo o emitido una sentencia favorable, resulta esencial que el sistema asegure una ejecución eficaz y expedita, de manera que los consumidores puedan obtener el resarcimiento reconocido sin dilaciones ni obstáculos procesales. La implementación de mecanismos de control y supervisión en la fase de ejecución es clave para que el fallo tenga impacto real y cumpla con su objetivo de compensación y protección efectiva de los derechos de los afectados.

La incorporación de procedimientos con pronunciamientos sucesivos tiene como objetivo simplificar y hacer más eficientes los procesos colectivos; sin embargo, su diseño e implementación requieren una regulación más precisa que asegure la protección de los derechos y garantías de los consumidores.

Como cierre, cabría destacar la importancia de regular convenientemente la financiación de las acciones colectivas por parte de

terceros. El Proyecto se ha limitado a reconocer la posibilidad de que las acciones de representación resarcitorias sean financiadas por terceros ajenos a la causa (*Third Party Litigation Funding*), regulando en lo más básico el control que en su fiscalización podrá ejercer el juzgador –fundamentalmente durante la audiencia de certificación–, sin definir a tal efecto los criterios en los que ha de basarse en la ejecución de este cometido. Estas previsiones, a todas luces insuficientes, podrían frustrar la eficiencia del nuevo proceso cuya configuración se está fraguando, por lo que se requiere un mayor desarrollo normativo en este punto, para evitar posibles conflictos de intereses y garantizar que los procesos colectivos mantengan su objetivo de defensa real de los consumidores.

La experiencia compartida por expertos de Francia y Portugal sobre la transposición de la Directiva a sus respectivos Estados sirvió para visibilidad que los problemas que está enfrentando España en este cometido son, en buena parte de las ocasiones, compartidos por otros Estados vecinos. Mientras que países como Portugal han logrado adaptar su régimen de tutela colectiva de los consumidores a los requisitos de la Directiva, otros, como Francia, siguen enfrentando dificultades para alcanzar un consenso, en parte debido a las implicaciones sociales y económicas de la reforma.

Diferenciación y discriminación: dos caras de la autonomía privada

VINCENZO BARBA

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Roma «La Sapienza»

1. Las densas páginas que Beatriz Gregoraci ha tenido la amabilidad de dedicar a la recensión de mi libro «Principio de no discriminación y contrato»³ me brindan la oportunidad de seguir reflexionando sobre el tema, más de un año después de la publicación de la monografía. Es decir, cuando ya ha transcurrido un tiempo razonablemente suficiente, por un lado, para permitir un cierto distanciamiento emocional de la obra y, por otro, para volver sobre el tema sin la falta de aliento que caracteriza a cualquier autor que, tras un largo tiempo de investigación científica, siente el afán de poner un punto final.

El autor es bien consciente de que ese es el punto final de su concreto y específico libro, pero que sólo es un punto de partida para la investigación. Una monografía no tiene que convencer, pero sí aportar argumentos para que el tema se debata, coralmente, y para que la ciencia jurídica, teórica y práctica, pueda así evolucionar y cambiar.

Añádase que un libro, una vez publicado, se desprende de su autor y vive una vida propia, en la que cualquier lector que se tope con él no encontrará lo que o todo lo que su autor hubiera deseado, sino lo que el lector individual, con su propia visión del mundo y, por tanto, del Derecho, quiera encontrar en él, porque como sabiamente advertía Goethe: cada uno ve lo que lleva en el corazón.

En su reseña, Beatriz Gregoraci advierte muy bien las cuestiones que dan unidad a la monografía y a la vez explican su sentido y génesis, cuando escribe que son: «(i) ¿cuándo existe una discrimi-

³ La reseña del libro «Principio de no discriminación y contrato, Colex, A Coruña, 2023», realizada por BEATRIZ GREGORACI, puede leerse en el Anuario de Derecho Civil, tomo LXXVII, 2024, fasc. II (abril-junio), pp. 865-892.

nación 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?».

Con mi visión del Derecho, habría dicho que la verdadera pregunta es una, mientras que las otras dos son sólo corolarios de ella. Habría dicho, pues, que el libro plantea esta pregunta: ¿cuándo existe un hecho que constituya una discriminación jurídicamente relevante, que atente contra la dignidad humana y que, por ello, el ordenamiento jurídico no pueda tolerar?

Una vez identificado el hecho discriminatorio, se trata de ver cómo se relaciona y se mide en la materia contractual y, por tanto, cómo puede declinarse en su fase genética, en su fase ejecutiva y respecto a su contenido y qué remedios pueden o deben imaginarse para corregir esa discriminación. En la creencia de que contrato y remedios sirven, como bien enseña Antonio Manuel Morales Moreno, para articular el reparto de riesgos entre los contratantes.

2. El primer capítulo del libro, aunque brevemente titulado «Eficacia y alcance del principio de no discriminación», tiene por objeto comprobar si puede considerarse existente un principio general que prohíba la discriminación en los ordenamientos jurídicos italiano y español (aunque la conclusión puede extenderse a muchos otros ordenamientos jurídicos europeos e iberoamericanos) y, posteriormente, comprender cuándo existe realmente un hecho de discriminación.

Volveré sobre la primera cuestión en breve, mientras que ahora me interesa mucho más la segunda, porque constituye la esencia misma de la investigación que he intentado llevar a cabo.

Discriminar significa «seleccionar excluyendo», que es lo que se hace siempre en el ejercicio de la autonomía privada. Las principales manifestaciones negociales se caracterizan por la elección de uno y la exclusión de todos los demás o por la elección de algo y la exclusión del resto. La elección de una parte contratante, la elección de un heredero o legatario, la elección de un cónyuge, la elección de un tipo contractual, la elección de un contenido contractual, la elección de cumplir o no cumplir, la elección de ejercer un derecho, y los ejemplos podrían multiplicarse sin fin.

Es obvio que la discriminación jurídicamente relevante no es cualquier selección excluyente, sino sólo aquella que causa una ofensa a la dignidad de una persona o de un colectivo determinado. Es necesario, por tanto, entender cuál es el hecho discriminatorio que, como ofensa a la dignidad de la persona, requiere una reacción del ordenamiento jurídico.

Al investigar en qué consiste la discriminación, más allá de todas sus formas posibles (directa, indirecta, acoso discriminatorio, por asociación, por error, múltiple, interseccional, por inducción), he intentado dejar claro que se requiere lo siguiente: un trato diferenciado basado únicamente en un factor de riesgo, que de ningún modo es razonablemente justificable.

Escribía en la p. 34 del libro: «En primer lugar, cabe señalar que la discriminación es, por definición, un concepto de relación, que requiere una comparación entre dos situaciones distintas, respecto de las cuales es posible afirmar que existe una diferencia de trato. Además, para poder hablar de discriminación no basta con que exista cualquier tipo de diferencia de trato, sino que ella debe ser injustificada o, más exactamente, debe basarse en el llamado factor de riesgo, es decir, en aquellas 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». Por otro lado, intentaba aclarar en la p. 16: «debe excluirse la discriminación cuando la diferencia de trato esté objetivamente justificada y se adopte por medios adecuados, necesarios y proporcionados en relación con los intereses en juego».

Si existe una justificación razonable, no hay discriminación, sino diferenciación legítima. En este sentido compartía en la nota 65 del libro las consideraciones de Ana Giménez Costa cuando afirma que: «la valoración de la justificación de la conducta desigual debe hacerse teniendo en cuenta, primero, si el fin alegado como legítimo constituye un valor social cuya protección debe primarse y, segundo, aplicando a la medida adoptada el principio de proporcionalidad, para determinar si el posible trato desigual es o no invalido por ser contrario al principio de no discriminación. Se trata de dos exigencias cumulativas».

Con estas consideraciones reputaba haber aclarado la distinción entre diferenciación y discriminación, de modo que la segunda requiere una valoración rigurosa y precisa.

Lo que he tratado de trasmitir en mi libro es que, ante un trato desigual, hay que preguntarse e investigar: a) si se basa únicamente en un factor de riesgo; b) si carece de justificación razonable.

Si se respondiera negativamente a una o a ambas preguntas, existiría una diferenciación legítima, respecto de la cual no es necesario ningún remedio o intervención o, dicho de otro modo, estaríamos delante un ejercicio legítimo de la autonomía privada. Por el contrario, si se respondiera afirmativamente a ambas preguntas, estaríamos en presencia de una discriminación respecto de

la cual es necesaria una reacción por parte del Derecho civil, sin necesidad de esperar o dejar la respuesta a otros ámbitos del Derecho. Porque en ordenamientos jurídicos como el italiano y el español, que ponen en su cúspide el valor de la persona humana y su dignidad inherente, la autonomía privada y el contrato nunca puede llevarse a cabo de forma que lesione la dignidad de la persona.

Me temo, por tanto, que el principal punto de no coincidencia entre lo que la autora de la recensión vio en el libro y lo que a mí me hubiera gustado que se viera se refiere precisamente a la identificación del hecho discriminatorio.

La autonomía privada no está subyugada al principio de discriminación, porque en la identificación del hecho discriminatorio está toda la teoría de la ponderación de principios, que sirve para restituir al civilista una autonomía privada que no es puro y libre albedrío, sino el ejercicio de un poder conforme a los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico y, en todo caso, que nunca puede lesionar la dignidad de la persona humana.

3. Mi libro parte del *postulado* de que el principio de no discriminación tiene una eficacia horizontal entre particulares y, por tanto, que es susceptible de aplicación inmediata en las relaciones entre ellos incluso sin necesidad de una norma mediadora.

Según Beatriz Gregoraci, esta tesis se basa en dos pilares argumentativos, que no le resultan del todo convincentes: «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».

Lo que he querido dejar claro en el libro es que existen en el ordenamiento jurídico italiano, como en el español (aunque las conclusiones pueden extenderse también a otros ordenamientos europeos e iberoamericanos) una serie de normas de las que es posible derivar la existencia de un principio-valor, es decir, de un principio normativo, que, como tal, como máxima expresión del valor, exige la máxima realización.

Obviamente, la adhesión a la teoría de la llamada eficacia directa horizontal, que no era el objeto inmediato y directo de mi investigación, sino una mera premisa o un *postulado*, es susceptible de no estar, como dice Beatriz Gregoraci, bien explicada. Y no porque haya querido faltar a la empatía con el lector, sino porque este tema no pretendía ser ni es el tema de la monografía.

Lo que, en cambio, desde mi punto de vista era esencial, pues de lo contrario esta misma remisión a la teoría de la eficacia directa

sería imposible, era demostrar que existe un principio-valor de no discriminación.

Las normas que invoco son efectivamente muchas, tanto de Derecho italiano como de Derecho español, sin dejar de considerar normas de Derecho europeo, normas internacionales y, por último, normas de *soft law* (pp. 20-25 de la monografía).

En la reseña Beatriz Gregoraci sólo se refiere a unas pocas normas y, en particular, al art. 2 TUE, al art. 19 TFUE y al art. 51 CDFUE.

En primer lugar, cabe señalar que yo nunca menciono esta última norma en mi libro. En cambio, ella es citada por Jesús Alfaro en su obra «*Drittewirkung en el Derecho Europeo*» para afirmar que: «los derechos fundamentales son, *prima facie*, mandatos a los poderes públicos para que no interfieran en la esfera de los particulares».

En cuanto a las normas de *soft law*, no entiendo muy bien por qué la autora de la recensión dice que el lector debe sentirse confundido. Beatriz Gregoraci escribe al respecto que: «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).

Sólo quiero señalar que en la nota 37, en aras de la exhaustividad, digo que no hay ninguna referencia explícita al principio de no discriminación en estos tres textos de *soft law*, que, por otra parte, son los menos importantes. Dejo claro, sin embargo, en el texto que existe una referencia explícita al principio de no discriminación en materia contractual en otros tres: «Por último, aunque se trate de una regulación de *soft law*, no podemos pasar por alto el capítulo 3 de los Principios Aquis, los artículos de 2:201 a 2:205 del DCFR, así como el artículo 1:207 de los Principios PEICL» (p. 25 del libro).

Si las normas que hubiera tomado como relevantes a los efectos de afirmar que existe un principio-valor de no discriminación fueran sólo las indicadas por la autora de la recensión, a saber, el art. 2 TUE, el art. 19 TFUE y el art. 51 CDFUE (este último, además, ni siquiera citado por mí) y los Principios Lando, el Proyecto Gandolfi y los Principios Unidroit, estaría de acuerdo en que de estas normas, por sí solas, sería difícil si no imposible desprender la existencia de un principio-valor de no discriminación. Si, por el contrario, la investigación se extiende a todas las demás normas constitucio-

nales, supranacionales, europeas, nacionales e incluso de *soft law*, que he citado en las pp. 20-25 de mi monografía, entonces quizás es más probable afirmar que tal principio existe.

Añado, asimismo, que este principio se afirma ahora incluso explícitamente en materia contractual en la «Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos» publicada en 2023 por el Ministerio de Justicia, que constituye, a mi juicio, un texto normativo de extraordinario interés y nada menos que entre los más avanzados de Europa. Pues bien, el artículo 1219 establece: «Cada persona es libre de contratar y de elegir a la otra u otras partes contratantes con los límites impuestos por el principio de no discriminación». Esta norma, que me parece muy convincente, reconoce, por un lado, como he tratado de demostrar, que existe un principio de no discriminación y, por otro, que éste, razonablemente entendido, constituye un límite al ejercicio de la autonomía privada.

En las páginas de mi libro sólo quería demostrar que era posible derivar del tejido normativo la existencia de un principio-valor de no discriminación, asumiendo, además, que éste absorbe las normas específicas que se han ido adoptando a lo largo del tiempo, también a nivel europeo, con referencia a determinados sectores, como el acceso a bienes y servicios, y con referencia a determinados factores de riesgo, como el género o la raza. En este sentido, me parece, además, que la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y no discriminación, adopta esta perspectiva, clarificando en su art. 2, párrafo 1, una noción amplia de no discriminación que no se limita a un determinado factor de riesgo, sino que está abierta a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Que exista un principio valor de no discriminación, por sí solo no justifica que deba aplicarse en las relaciones horizontales, ya que esta es la adhesión a una reconstrucción más amplia y difícil que en el libro sólo es una premisa. No quería, ni podía, escribir un libro sobre la eficacia directa de los principios fundamentales, y mucho más simplemente pretendía referirme a esa teoría que, aunque no unánimemente compartida en Italia y España, cuenta ciertamente con importantes partidarios.

Una teoría que, como es bien sabido, se originó en Alemania y desde allí, con diversos acentos y peculiaridades, se extendió a todos los ordenamientos jurídicos basados en el reconocimiento del valor superior de los derechos fundamentales.

La primera voz a favor de la aplicación directa de la Constitución a las relaciones privadas fue la de Hans Carl Nipperdey. Pron-

to fue contrarrestada por la doctrina de la aplicación indirecta defendida por Günter Dűrig. No se trata de una cuestión de mayor o menor sofisticación constructiva, sino de decidir qué lugar ocupa el poder privado en las relaciones sociales tras la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Casi tres décadas de discusión habían marcado una primacía de la tesis de la ejecución indirecta. Esto no escapó a la doctrina más culta, hasta el punto de que en 1984 Claus-Wilhelm Canaris con su *Grunderechte und Privatrecht* llevó el debate un paso más allá al señalar que la Constitución era directamente aplicable a las normas de Derecho privado, pero sólo tenía como destinatario al poder público. A partir de ahí, el debate sigue abierto.

Hoy nadie niega que los Derechos fundamentales tengan relevancia normativa, del mismo modo que nadie pone en duda que sean una restricción para el Estado.

Las posiciones siguen divididas en cuanto su aplicación en las relaciones privadas: existe una parte según la cual los derechos fundamentales no pueden aplicarse directamente porque tienen una doble naturaleza de prohibiciones de injerencia y de mandatos de protección, ambos dirigidos a los poderes públicos; existe otra posición doctrinal 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 eficacia; por último, existe una posición, a la que me adhiero por muchas razones que no pueden argumentarse adecuadamente aquí, según la cual los Derechos fundamentales tienen eficacia horizontal directa e inmediata y, por tanto, pueden ser invocados incluso sin la mediación de una norma de aplicación. En Italia, la teoría es ampliamente defendida y apoyada por Pietro Perlingieri, ya a partir de 1980, con su trabajo «Norme costituzionali e rapporti di diritto civile», prólogo a su curso de derecho civil 1979-1980, y ahora en su obra fundamental, ya en su cuarta edición, «Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti». Me limito a remitir a la obra del Maestro italiano para cualquier argumentación teórica sobre la adhesión a esta teoría.

4. La recensión de Beatriz Gregoraci y su referencia a la lectura propuesta por Jesús Alfaro me induce a preguntarme si realmente existe una gran diferencia entre la postura que defiendo y la sustentada por el insigne mercantilista, en su obra más importante publicada en el Anuario de Derecho Civil en 1993 «Autonomía privada y derechos fundamentales» y retomada posteriormente en

interesantes trabajos publicados, a lo largo de los años en el «Almacén de Derecho».

Entre todos ellos, consideraré especialmente por la fuerte relación con el tema el artículo de 2015 titulado «Libertad contractual y principio de igualdad», que recoge muchas ideas del trabajo monográfico del 1993.

Jesús Alfaro, con amplio razonamiento y justificación analítica de su posición, se adhiere, aunque con matices, a la reconstrucción dogmática de Canaris, de tal manera que considera los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención y como mandatos de protección. A pesar de ello, y en esto no puedo sino estar de acuerdo, Jesús Alfaro afirma que hay un derecho fundamental que tiene eficacia inmediata y directa entre los particulares: la dignidad humana. Yo quizás añadiría, con mi cosmovisión del derecho, que ni siquiera es un derecho fundamental, sino el valor normativo fundante del mismo ordenamiento jurídico.

Con independencia, por tanto, de la aceptación de la teoría de la eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales, el valor de la dignidad humana, que constituye también el fundamento de la autonomía privada, es un valor de aplicación inmediata y directa.

Motivado por esta premisa, cualquier discrepancia con Jesús Alfaro, más allá de la preferencia por la teoría de la eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales, se refiere, limitadamente al principio de no discriminación, al hecho discriminatorio y, por tanto, a la constatación de si un hecho discriminatorio constituye o no una vulneración de la dignidad humana.

Creo, por tanto, en contra de lo que podría presumirse de la lectura de la recensión de Beatriz Gregoraci, que más allá de la adhesión metodológica a la teoría de la eficacia directa o indirecta, la distancia entre la posición defendida en la monografía y la de Jesús Alfaro es, en lo que respecta a la no discriminación, menos amplia de lo que podría parecer.

Según mi reconstrucción, el hecho discriminatorio, es decir, la diferenciación basada en un factor de riesgo que no puede razonablemente justificarse debe considerarse abusiva y lesiva para la dignidad de la persona.

Me convence el ejemplo propuesto por Jesús Alfaro del ciudadano marroquí al que no se permite la entrada a una discoteca por su raza y a un casino, por estar en la lista de personas a las que se prohibió el acceso. El caso explica la diferencia entre discriminación y diferenciación; entre diferenciación injustificable y diferenciación justificable. Lo primero es ciertamente discriminación, lo

segundo no, también porque no es el factor de riesgo el que impide la entrada, sino una motivación ulterior y distinta.

De nuevo, estoy de acuerdo con Alfaro cuando dice que la no admisión de un plebeyo en una asociación de nobles no es discriminatoria, si bien añado que, al menos en Italia, la propia legitimidad de tal asociación podría ser opinable. No hay discriminación en función de un factor de riesgo, sino una identificación más o menos razonable –dependiendo de cómo se reconozca la nobleza en un Estado– de las características de las personas.

También pienso que se puede prohibir a una mujer entrar en una asociación gastronómica, pero sólo si hay una razón que lo justifique y no por el mero hecho de ser mujer. Porque si la única razón fuera el hecho de ser mujer, y no hubiera una justificación objetiva de la razón para admitirla, entonces la negativa –independientemente de que haya otras asociaciones– me parece discriminatoria porque atenta contra la dignidad de la mujer. En esto no estoy plenamente de acuerdo con Jesús Alfaro, precisamente porque estoy convencido de que excluir a una mujer de una asociación gastronómica por el mero hecho de ser mujer, aunque haya muchas otras asociaciones gastronómicas a las que puedan acceder las mujeres, es discriminatorio y atenta contra la dignidad de la misma mujer.

Por otra parte, el ejemplo de la persona que decide no comprar en una tienda porque su propietario es árabe no me parece pertinente, mientras que el caso de un comerciante que niega el acceso a sus bienes y servicios a una persona por el mero hecho de ser de determinada raza o sexo y sin ninguna otra justificación me parece discriminatorio. En estos casos, además, sin necesidad de remitirse al principio general, el acto discriminatorio estaría explícitamente prohibido por las directivas europeas sobre acceso a bienes y servicios. Podría, aparentemente, decirse que en estos casos se aplica una norma específica, aunque el intérprete es consciente de que las normas, para formar parte del sistema, obedecen siempre sistemáticamente a un principio, pues son los principios los que al orientar las normas permiten ordenarlas y, por tanto, ser un sistema jurídico.

En definitiva, me parece, en lo que al principio de no discriminación se refiere, que la distancia es mucho menor de lo que parece, y que el punto de discusión podría centrarse únicamente en el hecho discriminatorio, es decir, en la identificación del hecho que constituye una verdadera discriminación y no una mera diferenciación.

Sigo convencido de que el hecho discriminatorio, tal y como yo lo entiendo e identifico, implica siempre una lesión a la dignidad humana, porque un trato diferenciado basado únicamente en un

factor de riesgo y en ausencia de justificación razonable siempre ofende a la dignidad de la persona, al convertirse siempre en un comportamiento vejatorio. Cuando trato a una persona de forma diferente sólo por la existencia de un factor de riesgo, estoy ofendiendo la dignidad de la persona, porque lo estoy tratando como ser inferior.

No cabe duda de que los posibles índices que Jesús Alfaro sugiere para identificar la discriminación que atenta contra la dignidad humana deben ser tenidos muy en cuenta, porque ayudan a comprender cuándo es necesaria una intervención del ordenamiento jurídico. Hay mayor posibilidad de acoso: cuando el acto de discriminación no es modificable para la persona que sufre el tratamiento diferenciado; cuando la discriminación se basa en circunstancias utilizadas históricamente para determinar la condición de las personas; cuando la discriminación es observable.

Creo que son índices que también pueden resumirse, como he intentado hacer, diciendo que la discriminación impone un trato diferenciado basado en un factor de riesgo y no razonablemente justificable.

Si esto es cierto, creo que hay muy poca diferencia entre nosotros.

5. La última cuestión que quisiera retomar, inspirándome en la reflexión de Beatriz Gregoraci, aunque ya ha sido aclarada en las líneas precedentes, es la relación entre la autonomía privada y el principio de no discriminación.

Parto de la base de que la autonomía privada es el ejercicio de un poder que el ordenamiento jurídico confía a los particulares, para permitirles, en virtud de un principio de autodeterminación, la realización de sus intereses. No es un poder originario, sino derivado y, por tanto, un poder que encuentra límites, entre ellos el de no ser contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. El orden público incluye el orden público constitucional.

Teniendo en cuenta mi forma de ver el hecho discriminatorio, está bastante claro que la autonomía privada y la no discriminación implican un constante juego de ponderación. En cualquier fase de la vida del contrato, desde su formación hasta su ejecución, pasando por su contenido, es necesario comprobar si se ha producido, con independencia de sus modalidades concretas (directa, indirecta, acoso discriminatorio, por asociación, por error, múltiple, interseccional, inducción), un hecho de discriminación.

En el supuesto de una respuesta positiva, es decir, si se constata la existencia de un hecho de discriminación, hecho que repito es inevitablemente tal que atenta contra la dignidad de la persona, como demuestran los numerosos ejemplos que he expuesto en la

monografía, entonces el ordenamiento jurídico debe necesariamente reaccionar.

Esa reacción, precisamente con respecto a la autonomía privada y atendiendo a los intereses concretamente implicados, no tiene por qué agotarse en la nulidad del acto discriminatorio, sino que debe incluir la multiplicidad de remedios que pueden corregir el ejercicio abusivo de la autonomía privada: nulidad parcial; modificación del contenido del contrato; imposición de la obligación de contratar; indemnización por daños y perjuicios y protección inhibitoria y colectiva.

De ahí la conclusión que había propuesto de la neofuncionalización del contrato. Fórmula lingüística con la que había pretendido esclarecer que el propio concepto de autonomía privada y de contrato, en función del principio de no discriminación, como lesivo de la dignidad de la persona, requiere un replanteamiento general, pues, al igual que la propiedad privada debe cumplir una función social, lo mismo puede decirse del contrato.

Y sobre este aspecto he tratado de ser prudente, explicando que la palabra funcionalización, lejos de tener una función puramente política, cumple una función puramente técnica y jurídica y enseña que con el advenimiento de las constituciones toda la autonomía privada no puede tener lugar en contraste con los valores existenciales.

El propio tema del contrato sostenible, que parece estar de plena actualidad en este momento histórico, no es más que una explicación de la neofuncionalización del contrato.

La funcionalización del contrato, que en ningún momento atenta a la seguridad jurídica, «es una expresión de esta nueva hermenéutica, pero es sobre todo una toma de conciencia de que el contrato es un instrumento de la economía de mercado que, sin embargo, no puede transformarse en un arma de discriminación» (pp. 199 ss.). La seguridad jurídica no puede estar garantizada por la repetitividad de la solución, sino por la controlabilidad de la decisión.

6. Sólo me queda cerrar esta reflexión expresando mi agradecimiento a Beatriz Gregoraci por haber aceptado la invitación a reseñar mi monografía y por darme la oportunidad de volver sobre este tema con sus reflexiones en las que dialogó conmigo y con Jesús Alfaro y con las que supo desnudar el tema del libro.

Ello me ha permitido insistir en su mensaje que, como observaba al comienzo de este texto, naturalmente puede no llegar al lector tal y como su autor espera. Diré, en fin, que tal mensaje se presenta tranquilizador: los particulares no pueden discriminar lícitamente,

pero siempre podrán seguir diferenciando, ya que la diferenciación es la esencia de la autonomía privada, mientras que la discriminación, tal como he tratado de entenderla, es su límite.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

JULIA AMMERMAN YEBRA

Profesora ayudante doctora de Derecho civil
Departamento de Dereito Común
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *Legislación.* A) Normativa Vigente. Derecho Antidiscriminadorio. Derecho de contratos. Derecho de consumo. Inteligencia Artificial. Protección de datos personales. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Derecho de Consumo. Propiedad Intelectual. Protección de datos personales.–II. *Procedimientos Jurisdiccionales.* Competencia, Reconocimiento, Ley aplicable y Ejecución. Cooperación Judicial. Derecho Antidiscriminadorio. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de la Competencia. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

1. **Directiva (UE) 2024/1499 del Consejo, de 7 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en materia de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y por la que se modifican las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, DOUE, L, 2024/1499, de 29 de mayo de 2024.**

DERECHO DE CONTRATOS

2. **Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE, L, 2024/1028, de 29 de abril de 2024.**

DERECHO DE CONSUMO

3. **Directiva (UE) 2024/1799 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, 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 (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE, L, 2024/1799, de 10 de julio de 2024.**

INTELIGENCIA ARTIFICIAL

4. **Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE) núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE, L, 2024/1689, de 12 de julio de 2024.**
5. **Decisión (EU) 2024/2218 del Consejo, de 28 de agosto de 2024, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho, DOUE, L, 2024/2218, de 4 de septiembre de 2024.**

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

6. **Reglamento (UE) 2024/868 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, por el que se modifica la Decisión 2009/917/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, 2024/868, de 19 de marzo de 2024.**
7. **Reglamento (UE) 2024/1183 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 910/2014 en lo que respecta al establecimiento del marco europeo de identidad digital, DOUE, L, 2024/1183, de 30 de abril de 2024.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

DERECHO DE CONSUMO

8. **P9_TA(2023)0304 Créditos al consumo Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2023, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo (COM(2021)0347 – C9-0244/2021 – 2021/0171(COD)) P9_TC1-COD(2021)0171 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 12 de septiembre de 2023 con vistas a la adopción de la Directiva (UE) 2023/... del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se**

deroga la Directiva 2008/48/CE, DOUE, C/2024/1779, de 22 de marzo de 2024.

9. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo – Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/2302 para hacer más eficaz la protección de los viajeros y simplificar y aclarar determinados aspectos de la Directiva [COM(2023) 905 final – 2023/0435 (COD)], DOUE, C/2024/4058, de 12 de julio de 2024.

PROPIEDAD INTELECTUAL

10. Recomendación (UE) 2024/915 de la Comisión, de 19 de marzo de 2024, sobre medidas destinadas a luchar contra la falsificación y a reforzar la observancia de los derechos de propiedad intelectual e industrial, DOUE, L, 2024/915, de 26 de marzo de 2024.
11. Decisión (UE) 2024/1277 del Consejo, de 29 de abril de 2024, por la que se autoriza la apertura de negociaciones, en nombre de la Unión Europea, en el contexto de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, sobre un instrumento jurídico internacional relativo a la propiedad intelectual, los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, DOUE, L, 2024/1277, de 3 de mayo de 2024.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

12. Decisión (UE) 2024/1043 de la Comisión, de 9 de abril de 2024, por la que se establecen normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en el contexto del tratamiento de datos personales por parte del consejero confidencial jefe y los consejeros confidenciales en el desempeño de funciones relacionadas con la prevención del acoso psicológico y sexual y la lucha contra este, DOUE, L, 2024/1043, de 11 de abril de 2024.

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO, LEY APPLICABLE Y EJECUCIÓN

13. Asunto C-672/23, Electricity & Water Authority of the Government of Bahrain y otros: Petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof te Amsterdam (Países Bajos) el 13 de noviembre de 2023 – Electricity & Water Authority of the Government of Bahrain y otros / Prysmian Netherlands BV y otros, DOUE, C/2024/2005, de 18 de marzo de 2024.
14. Asunto C-673/23, Smurfit Kappa Europe y otros: Petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof Amsterdam (Países Bajos) el 13 de noviembre de 2023 – Smurfit Kappa Europe BV y

otros / Unilever Europe BV y otros, DOUE, C/2024/2006, de 18 de marzo de 2024.

15. **Asunto C-682/23, E.B.SP.: Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Cluj (Rumanía) el 15 de noviembre de 2023 – E.B.SP. Z.O.O. / K.PSP. Z.O.O., DOUE, C/2024/2007, de 18 de marzo de 2024.**
16. **Asunto C-774/23, Gebeco: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Simmern/Hunsrück (Alemania) el 15 de diciembre de 2023 – DN / Gebeco GmbH & Co. KG, DOUE, C/2024/2137, de 25 de marzo de 2024.**
17. **Asunto C-67/24, Amozov: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 29 de enero de 2024 – R. K. / K. Ch., D. K., E. K., DOUE, C/2024/2732, de 29 de abril de 2024.**
18. **Asunto C-57/24, Ławida: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Gliwicach (Polonia) el 26 de enero de 2024 – BA y otros, DOUE, C/2024/2923, de 6 de mayo de 2024.**
19. **Asunto C-77/24, Wunner: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 1 de febrero de 2024 – NM, OU / TE DOUE, C/2024/3055, de 13 de mayo de 2024.**
20. **Asunto C-99/24, Chmieka: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Koszalinie (Polonia) el 7 de febrero de 2024 – G. M. K.-Z. B. M. / S. O., DOUE, C/2024/3310, de 3 de junio de 2024.**
21. **Asunto C-279/24, Liechtensteinische Landesbank: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria), el 22 de abril de 2024 – AY / Liechtensteinische Landesbank (Österreich) AG, DOUE, C/2024/4573, de 29 de julio de 2024.**
22. **Asunto C-361/24, Grenciaka: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 17 de mayo de 2024 – RX / FZ y VT, DOUE, C/2024/5077, de 26 de agosto de 2024.**
23. **Asunto C-430/24, Badzhanova: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 19 de junio de 2024 – K. P. V., DOUE, C/2024/5083, de 26 de agosto de 2024.**

COOPERACIÓN JUDICIAL

24. **Asunto C-566/22, Inkreal: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 8 de febrero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud – República Checa) – Inkreal s. r. o. / Dúha reality s. r. o. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Ámbito de aplicación – Artículo 25 – Acuerdo atributivo de competencia – Partes contratantes establecidas en el mismo Estado miembro – Atribución a los órga-**

nos jurisdiccionales de otro Estado miembro de la competencia para conocer de los litigios surgidos de ese contrato – Elemento de extranjería], DOUE, C/2024/2276, de 2 de abril de 2024.

25. Asunto C-81/23, FCA Italy y FPT Industrial: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 22 de febrero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – MA / FCA Italy SpA, FPT Industrial SpA [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 7, punto 2 – Competencias especiales en materia delictual o cuasidelictual – Lugar donde se ha materializado el daño – Utilización, en un vehículo, de un dispositivo de desactivación que reduce la eficacia de los sistemas de control de las emisiones – Contrato de compraventa de dicho vehículo celebrado en un Estado miembro distinto del Estado de residencia del comprador y del domicilio social del fabricante – Entrega del vehículo y utilización de este conforme a su destino en el Estado miembro de residencia del comprador], DOUE, C/2024/2398, de 8 de abril de 2024.
26. Asunto C-61/24, Lindenbaumer: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 29 de enero de 2024 – DL / PQ, DOUE, C/2024/2925, de 6 de mayo de 2024.
27. Asunto C-90/22, Gjensidige: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de marzo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas – Lituania) – Gjensidige ADB [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 45 – Denegación del reconocimiento de una resolución – Artículo 71 – Relación de dicho Reglamento con los convenios relativos a una materia particular – Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR) – Artículo 31, apartado 3 – Litigiosidad – Acuerdo atributivo de competencia – Concepto de «orden público»], DOUE, C/2024/3130, de 21 de mayo de 2024.
28. Asunto C-687/22, Agencia Estatal de Administración Tributaria Exclusión de los créditos públicos de la exoneración de deudas: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de abril de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Alicante) – Julieta, Rogelio / Agencia Estatal de Administración Tributaria [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Directiva (UE) 2019/1023 – Procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas – Artículo 20 – Acceso a la exoneración de deudas – Artículo 20, apartado 1 – Plena exoneración de deudas – Artículo 23 – Excepciones – Artículo 23, apartado 4 – Exclusión de la exoneración de deudas de categorías específicas de créditos – Exclusión de los créditos de Derecho público – Justificación con arreglo al Derecho nacional – Efectos jurídicos de las directivas – Obligación de interpretación conforme], DOUE, C/2024/3281, de 3 de junio de 2024.

29. Asunto C-183/23, Credit Agricole Bank Polska: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 11 de abril de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie – Polonia) – Credit Agricole Bank Polska S.A. / AB [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 6, apartado 1 – Ámbito de aplicación – Contrato celebrado por un consumidor nacional de un tercer Estado con un banco establecido en un Estado miembro – Acción entablada contra ese consumidor – Competencia de los órganos jurisdiccionales del último domicilio conocido de dicho consumidor en el territorio de un Estado miembro], DOUE, C/2024/3289, de 3 de junio de 2024.
30. Asunto C-429/22, N1 Interactive: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 14 de marzo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien – Austria) – VK / N1 Interactive Ltd. [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Respuesta que puede deducirse claramente de la jurisprudencia – Cooperación judicial en materia civil – Ley aplicable a las obligaciones contractuales – Reglamento (CE) núm. 593/2008 – Artículo 6 – Consumidor que reclama el pago de una cantidad de dinero supuestamente ganada en un casino en línea – Falta de elección de la ley aplicable – Aplicación de una ley supuestamente más favorable en detrimento de la ley del país de la residencia habitual del consumidor], DOUE, C/2024/3579, de 17 de junio de 2024.
31. Asunto C-20/23, Instituto da Segurança Social y otros: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de mayo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação do Porto – Portugal) – SF / MV, Instituto da Segurança Social IP, Autoridade Tributária e Aduaneira, Cofidis SA – Sucursal em Portugal [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Directiva (UE) 2019/1023 – Procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas – Artículo 20 – Acceso a la exoneración de deudas – Artículo 23 – Excepciones – Artículo 23, apartado 4 – Exclusión de la exoneración de deudas de categorías específicas de créditos – Normativa nacional que excluye de la exoneración de deudas los créditos tributarios y de seguridad social – Carácter debidamente justificado de tal exclusión], DOUE, C/2024/3725, de 24 de junio de 2024.
32. Asunto C-222/23, Toplofikatsia Sofia (Concepto de domicilio del demandado): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de mayo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad – Bulgaria) – Toplofikatsia Sofia EAD [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Proceso monitorio – Concepto de domicilio – Nacional de un Estado miembro cuya dirección permanente se halla en dicho Estado miembro y cuya

dirección actual se halla en otro Estado miembro – Imposibilidad de modificar esa dirección permanente o de renunciar a ella], DOUE, C/2024/3886, de 1 de julio de 2024.

33. Asunto C-381/23, Geterfer: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 6 de junio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Mönchengladbach-Rheydt – Alemania) – ZO / JS [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia en materia de obligaciones de alimentos – Reglamento (CE) núm. 4/2009 – Artículo 12, apartado 1 – Litispendencia – Artículo 13 – Conexidad entre las demandas – Concepto], DOUE, C/2024/4438, de 22 de julio de 2024.
34. Asunto C-35/23, Greislzel: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de junio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main – Alemania) – Padre / Madre [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículos 10 y 11 – Competencia en caso de traslado ilícito de un menor – Residencia habitual del menor en un Estado miembro antes del traslado ilícito – Procedimiento de restitución entre un país tercero y un Estado miembro – Concepto de demanda de restitución – Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores], DOUE, C/2024/4697, de 5 de agosto de 2024.
35. Asunto C-425/22, MOL: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de julio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria – Hungría) – MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt. / Mercedes-Benz Group AG [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 7, punto 2 – Competencia en materia delictual o cuasidelictual – Lugar donde se ha materializado el daño – Cartel declarado contrario al artículo 101 TFUE y al artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo – Filiales domiciliadas en diferentes Estados miembros – Daño directo sufrido exclusivamente por las filiales – Acción de resarcimiento de la sociedad matriz – Concepto de unidad económica], DOUE, C/2024/4927, de 19 de agosto de 2024.
36. Asunto C-632/22, Volvo (Emplazamiento en el domicilio de una filial de la demandada): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de julio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo – España) – AB Volvo / Transsaqui S. L. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 1393/2007 – Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales – Acción de resarcimiento del perjuicio ocasionado por una práctica prohibida por el artículo 101 TFUE, apartado 1, y por el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo – Escrito de demanda notificado en el domicilio social de una filial de la demandada]

dada – Validez del emplazamiento – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 47 – Derecho a la tutela judicial efectiva], DOUE, C/2024/5197, de 2 de septiembre de 2024.

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

37. Asunto C-43/24, Shipov: Petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven kasatsionen sad (Bulgaria) el 23 de enero de 2024 – K. M. H./Obshtina Stara Zagora, DOUE, C/2024/2729, de 29 de abril de 2024.

DERECHO DE CONSUMO

38. Asunto C-749/23, Innogy Energie: Petición de decisión prejudicial planteada por el Okresní soud v Teplicích (República Checa) el 20 de noviembre de 2023 – Innogy Energie, s.r.o. / QS, DOUE, C/2024/2012, de 18 de marzo de 2024.
39. Asunto C-724/22, Investcapital: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 29 de febrero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de León - España) – Investcapital Ltd / G. H. R. (Procedimiento prejudicial – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Directiva 93/13/CEE – Principio de efectividad del Derecho de la Unión – Contrato de crédito renovable – Proceso monitorio – Control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contractuales efectuado en ese proceso – Ejecución de la resolución procesal por la que se pone fin a dicho proceso – Pérdida por preclusión de la posibilidad de invocar el carácter abusivo de una cláusula del contrato en la fase de ejecución del requerimiento de pago – Facultad de control del juez nacional), DOUE, C/2024/2578, de 22 de abril de 2024.
40. Asunto C-47/24, Cofidis Magyarországi Fióktelepe: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Hungria) el 25 de enero de 2024 – CN/ Cofidis Magyarországi Fióktelepe, DOUE, C/2024/2592, de 22 de abril de 2024.
41. Asunto C-85/24, BAWAG: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 2 de febrero de 2024 – Verein für Konsumenteninformation / BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG, DOUE, C/2024/2594, de 22 de abril de 2024.
42. Asunto C-34/24 Stichting Right to Consumer Justice y Stichting App Stores Claims: Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam (Países Bajos) el 18 de enero de 2024 – Stichting Right to Consumer Justice, Stichting App Stores Claims / Apple Distribution International Ltd, Apple Inc., DOUE, C/2024/2727, de 29 de abril de 2024.
43. Asunto C-410/23, Pielatak: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 3 de julio de 2023 – I. SA / S. J., DOUE, C/2024/2911, de 6 de mayo de 2024.

44. Asunto C-536/22, VR Bank Ravensburg-Weingarten: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de marzo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg – Alemania) – MW, CY / VR Bank Ravensburg-Weingarten eG (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2014/17/UE – Artículo 25, apartado 3 – Contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial – Reembolso anticipado – Compensación al prestamista – Lucro cesante del prestamista – Método de cálculo del lucro cesante), DOUE, C/2024/3046, de 13 de mayo de 2024.
45. Asunto C-80/24, Zwrotybankowe.pl: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie (Polonia) el 1 de febrero de 2024 – Zwrotybankowe.pl sp. z o.o. / Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A., DOUE, C/2024/3056, de 13 de mayo de 2024.
46. Asunto C-714/22, Profi Credit Bulgaria (Servicios accesorios al contrato de crédito): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Noveña) de 21 de marzo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad – Bulgaria) – S. R. G. / Profi Credit Bulgaria EOOD [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Contratos de crédito al consumo – Directiva 2008/48/CE – Artículos 3, letra g), 10, apartado 2, letra g), y 23 – Coste total del crédito para el consumidor – Falta de indicación de los gastos pertinentes – Sanción – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículos 3, apartado 1, 4, apartado 2, 6, apartado 1, y 7, apartado 1 – Punto 1, letra o), del anexo de la Directiva 93/13/CEE – Servicios accesorios a un contrato de crédito – Cláusulas que conceden al consumidor que adquiera esos servicios, a cambio del abono de unos gastos adicionales, prioridad en el estudio de su solicitud de crédito y en la puesta a disposición de la cantidad prestada, así como la posibilidad de aplazar o de reprogramar las mensualidades del crédito), DOUE, C/2024/3134, de 21 de mayo de 2024.
47. Asunto C-100/24, bonprix: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 7 de febrero de 2024 – Verbraucherzentrale Hamburg e.V. / bonprix Handelsgesellschaft mbH, DOUE, C/2024/3152, de 21 de mayo de 2024.
48. Asunto C-173/23, Air Europa Líneas Aéreas: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de abril de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca) – Eventmedia Soluciones, S. L. / Air Europa Líneas Aéreas, S. A. U. (Procedimiento prejudicial – Transportes aéreos – Convenio de Montreal – Artículo 19 – Resarcimiento de daños ocasionados por el retraso en el transporte del equipaje – Cesión a una sociedad mercantil del crédito del pasajero frente al transportista aéreo – Cláusula contractual que prohíbe tal cesión – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1 – Control de oficio del carácter abusivo de la cláusula que prohíbe la

- cesión de los derechos de los pasajeros – Modalidades de ese control en el contexto de un litigio entre la sociedad cesionaria y el transportista aéreo – Principios de equivalencia y de efectividad – Principio de contradicción), DOUE, C/2024/3288, de 3 de junio de 2024.
49. Asunto C-699/23: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Donostia – San Sebastián (España) el 16 de noviembre de 2023 – FG / Caja Rural de Navarra SCC, DOUE, C/2024/3295, de 3 de junio de 2024.
50. Asunto C-39/24: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Ceuta (España) el 15 de enero de 2024 – Justa / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, DOUE, C/2024/3304, de 3 de junio de 2024.
51. Asunto C-71/24, Alior Bank: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Krakowie (Polonia) el 30 de enero de 2024 – Alior Bank S.A. / J.D., DOUE, C/2024/3305, de 3 de junio de 2024.
52. Asunto C-484/21, Caixabank Plazo de prescripción: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 25 de abril de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona) – F. C. C., M. A. B. / Caixabank, S. A., anteriormente Bankia, S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Cláusula que atribuye al consumidor el pago de los gastos asociados al contrato – Resolución judicial firme que declara esa cláusula abusiva y la anula – Acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de la cláusula abusiva – Inicio del plazo de prescripción), DOUE, C/2024/3563, de 17 de junio de 2024.
53. Asunto C-561/21, Banco Santander Inicio de plazo de prescripción: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 25 de abril de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo) – GP, BG / Banco Santander, S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Cláusula que atribuye al consumidor el pago de los gastos asociados al contrato – Resolución judicial firme que declara esa cláusula abusiva y la anula – Acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de la cláusula abusiva – Inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución), DOUE, C/2024/3564, de 17 de junio de 2024.
54. Asunto C-81/24, Jenec: Petición de decisión prejudicial planteada por el Okrajno sodišče v Mariboru (Eslovenia) el 31 de enero de 2024 – LH / NOVA KREDITNA BANKA MARIBOR d.d., DOUE, C/2024/3581, de 17 de junio de 2024.
55. Asunto C-88/24: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada (España) el 2 de febrero de 2024 – A.B.D. / Bankinter Consumer Finance, E.F.C., S.A., DOUE, C/2024/3582, de 17 de junio de 2024.

56. Asunto C-180/24, Santander Consumer Bank: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Poznaniu (Polonia) el 6 de marzo de 2024 – Santander Consumer Bank S.A. przeciwko EN, DOUE, C/2024/3590, de 17 de junio de 2024.
57. Asunto C-6/24, Abanca Corporación Bancaria: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 8 de La Coruña (España) el 4 de enero de 2024 – Abanca Corporación Bancaria, SA / WE, DOUE, C/2024/3889, de 1 de julio de 2024.
58. Asunto C-231/24, Abanca Corporación Bancaria: Petición de decisión prejudicial presentada por la Juzgado de Primera Instancia no 8 de La Coruña (España) el 26 de marzo de 2024 – Abanca Corporación Bancaria, SA / VX, DOUE, C/2024/3898, de 1 de julio de 2024.
59. Asunto C-424/22, Santander Bank Polska: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 8 de mayo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Krakowie – Polonia) – WN / Santander Bank Polska S.A. (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Respuesta que puede deducirse claramente de la jurisprudencia – 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 divisa extranjera, que contiene cláusulas abusivas relativas a la valoración y al tipo de cambio – Nulidad de ese contrato – Efectos restitutorios – Derecho de retención), DOUE, C/2024/4073, de 8 de julio de 2024.
60. Asunto C-400/22, Conny: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 30 de mayo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Berlin – Alemania) – VT, UR / Conny GmbH (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículo 8, apartado 2 – Contratos a distancia celebrados por medios electrónicos – Obligaciones de información que recaen sobre el comerciante – Pedido que implica una obligación de pago – Pedido efectuado activando un botón o una función similar en un sitio de Internet – Obligación del comerciante de colocar en dicho botón o función similar la expresión pedido con obligación de pago o una formulación correspondiente – Obligación de pago condicional), DOUE, C/2024/4290, de 15 de julio de 2024.
61. Asunto C-176/23, Raiffeisen Bank: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 30 de mayo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Specializat Mureş – Rumanía) – UG / SC Raiffeisen Bank SA (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículo 1, apartado 2 – Ámbito de aplicación – Exclusión de las cláusulas contractuales que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas – Apéndice al contrato de crédito notificado por el profesional al consumidor para adecuarse a la

normativa nacional – Artículo 3, apartado 2 – Cláusula contractual no negociada individualmente – Falta de firma del apéndice por parte del consumidor – Presunción de aceptación tácita de este apéndice – Jurisprudencia nacional que excluye el control jurisdiccional del carácter abusivo de una cláusula contractual contenida en tal apéndice), DOUE, C/2024/4299, de 15 de julio de 2024.

62. Asunto C-348/23, BNP Paribas Bank Polska: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 3 de mayo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – KCB, MB / BNP Paribas Bank Polska S.A. (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Respuesta que puede deducirse claramente de la jurisprudencia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1 – Crédito inmobiliario en divisa extranjera – Cláusulas abusivas relativas a la conversión de una divisa – Nulidad del contrato – Efectos jurídicos – Condición suspensiva – Declaración del consumidor), DOUE, C/2024/4440, de 22 de julio de 2024.
63. Asunto C-230/24, Banco Santander: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de La Coruña (España) el 26 de marzo de 2024 – MF / Banco Santander, SA, DOUE, C/2024/4571, de 29 de julio de 2024.
64. Asunto C-320/24, Soledil: Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Italia) el 30 de abril de 2024 – CR, TP / Soledil Srl, declarada en concurso de acreedores, DOUE, C/2024/4574, de 29 de julio de 2024.
65. Asunto C-294/24, Zadzhova: Petición de decisión prejudicial planteada por el Rayonen sad Burgas (Bulgaria) el 24 de abril de 2024 – Vodosnabdyavane i kanalizatsia EAD / ED, DOUE, C/2024/4713, de 5 de agosto de 2024.
66. Asunto C-325/23, Deutsche Bank Polska: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 30 de mayo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – JF, OP / Deutsche Bank Polska S.A. (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Crédito hipotecario denominado en una moneda extranjera que incluye cláusulas abusivas relativas al riesgo cambiario y al diferencial cambiario – Artículo 3, apartados 1 y 2 – Cláusulas que no se hayan negociado individualmente – Artículo 4 – Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Exigencia de redacción clara y comprensible de una cláusula contractual – Artículo 6 – Consecuencias de la declaración del carácter abusivo de una cláusula), DOUE, C/2024/4835, de 12 de agosto de 2024.

67. Asunto C-450/22, Caixabank y otros (Control de la transparencia en acciones colectivas): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 4 de julio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo – España) – Caixabank, S. A., subrogada en los derechos y obligaciones de Bankia, S. A., y Banco Mare Nostrum, S. A., y otros / Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros de España (Adicae), y otros (Procedimiento prejudicial – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Directiva 93/13/CEE – Contratos de préstamo hipotecario – Cláusulas de limitación de la variación de los tipos de interés – Cláusulas suelo – Acción colectiva de cesación del uso de esas cláusulas y de restitución de las cantidades pagadas en virtud de las mismas, que implica a un elevado número de profesionales y de consumidores – Carácter claro y comprensible de dichas cláusulas – Concepto de consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz), DOUE, C/2024/4928, de 19 de agosto de 2024.
68. Asunto C-429/24, St. Kliment Ohridski Primary Private School: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 18 de junio de 2024 – St. Kliment Ohridski Primary Private School EOOD / QX, DOUE, C/2024/5082, de 26 de agosto de 2024.
69. Asunto C-396/24, Lubreczlik: Petición de decisión prejudicial planteada por Sąd Okręgowy w Krakowie (Polonia) el 6 de junio de 2024 – PU, QS / mBank, BL, CY, DOUE, C/2024/5301, de 9 de septiembre de 2024.

DERECHO DE CONTRATOS

70. Asunto C-593/23, SunExpress: Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 29 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Düsseldorf – Alemania) – SU / SunExpress Günes Ekspres Havacilik A.S. (Transportes aéreos – Compensación a los pasajeros – Compensación por cancelación de un vuelo – Exclusión en caso de ofrecimiento de un transporte alternativo – Transporte alternativo con salida desde un aeropuerto distinto del previsto para la salida del vuelo cancelado – Traslado de los pasajeros al nuevo aeropuerto de salida utilizando un medio alternativo de transporte – Adelanto considerable de la hora de salida debido al traslado al nuevo aeropuerto de salida), DOUE, C/2024/2133, de 25 de marzo de 2024.
71. Asunto C-20/24, Cymdek: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Polonia) el 12 de enero de 2024 – M1.R. y M2.R. / AAA sp. z o.o., DOUE, C/2024/2411, de 8 de abril de 2024.
72. Asunto C-584/22, Kiwi Tours: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 29 de febrero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – QM / Kiwi Tours GmbH [Procedimiento prejudicial – Viajes combinados

- y servicios de viaje vinculados – Directiva (UE) 2015/2302 – Artículo 12, apartado 2 – Derecho del viajero a poner fin al contrato de viaje combinado sin pagar ninguna penalización – Circunstancias inevitables y extraordinarias – Propagación de la COVID-19 – Efectos significativos en la ejecución del viaje combinado o en el transporte de pasajeros al lugar de destino – Previsibilidad de la concurrencia de esos efectos en la fecha de declaración de la terminación del contrato – Acontecimientos que se producen después de la fecha de terminación pero antes del comienzo del viaje combinado], DOUE, C/2024/2574, de 22 de abril de 2024.
73. Asunto C-11/23, Eventmedia Soluciones: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de febrero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca – Illes Balears) – Eventmedia Soluciones, S. L., / Air Europa Líneas Aéreas, S. A. U. [Procedimiento prejudicial – Transporte aéreo – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 5, apartados 1 y 3 – Artículo 7, apartado 1 – Compensación a los pasajeros aéreos en caso de cancelación de un vuelo – Naturaleza y fundamento del derecho a compensación – Cesión a una sociedad mercantil del crédito de los pasajeros frente al transportista aéreo – Cláusula contractual que prohíbe tal cesión – Artículo 15 – Inadmisibilidad de exenciones], DOUE, C/2024/2579, de 22 de abril de 2024.
74. Asunto C-45/24, Verein für Konsumenteninformation: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 24 de enero de 2024 – Verein für Konsumenteninformation / Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, DOUE, C/2024/2730, de 29 de abril de 2024.
75. Asunto C-76/23, Cobult: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de marzo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main – Alemania) – Cobult UG / TAP Air Portugal SA [Procedimiento prejudicial – Transportes aéreos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 7, apartado 3 – Artículo 8, apartado 1, letra a) – Derecho a reembolso del billete de avión en caso de cancelación de un vuelo – Reembolso en forma de bonos de viaje – Concepto de «previo acuerdo firmado por el pasajero» – Procedimiento de reembolso a través de un formulario disponible en el sitio web del transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo], DOUE, C/2024/3137, de 21 de mayo de 2024.
76. Asunto C-36/24, GPM Live Marketing: Auto del Tribunal de Justicia de 4 de marzo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf – Alemania) – GPM Live Marketing GmbH / TUIfly GmbH (Transportes aéreos – Compensación a los pasajeros aéreos en caso de cancelación de un vuelo – Concepto de «reserva confirmada» – Reserva de un vuelo por parte del empresario de los pasajeros en el contexto de un viaje organizado – Modalidades y alcance de la obligación de información de los pasajeros afectados por la cancelación del vuelo), DOUE, C/2024/3138, de 21 de mayo de 2024.

77. Asunto C-188/24, WebGroup Czech Republic y NKL Associates: Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Francia) el 7 de marzo de 2024 – WebGroup Czech Republic, a.s., NKL Associates s. r. o. / Ministre de la Culture, Premier ministre, DOUE, C/2024/3738, de 24 de junio de 2024.
78. Asunto C-190/24, Coyote System: Petición de decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado (Francia) el 7 de marzo de 2024 – Coyote System / Ministre de l'Intérieur et des outre-mer, Premier ministre, DOUE, C/2024/3739, de 24 de junio de 2024.
79. Asunto C-405/23, Touristic Aviation Services: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 16 de mayo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Köln – Alemania) – Touristic Aviation Services Limited / Flighthright GmbH [Procedimiento prejudicial – Transportes aéreos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Compensación a los pasajeros aéreos en caso de gran retraso de un vuelo – Artículo 5, apartado 3 – Exención de la obligación de compensación – Circunstancias extraordinarias – Falta de personal del operador del aeropuerto que presta servicios de carga de equipajes], DOUE, C/2024/3887, de 1 de julio de 2024.
80. Asunto C-385/23, Finnair (Vicio de diseño del indicador del nivel de combustible): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de junio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus – Finlandia) – Matkustaja A / Finnair Oyj [Procedimiento prejudicial – Transportes aéreos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 5, apartado 3 – Compensación a los pasajeros en caso de gran retraso o de cancelación de un vuelo – Exención de la obligación de compensación – Circunstancias extraordinarias – Fallos técnicos causados por un vicio oculto de diseño revelado por el fabricante con posterioridad a la cancelación del vuelo – Sistema de medición de la cantidad de combustible de la aeronave], DOUE, C/2024/4568, de 29 de julio de 2024.
81. Asunto C-411/23, D. (Vicio de diseño del motor): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de junio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – D. S.A. / P. S.A. [Procedimiento prejudicial – Transportes aéreos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 5, apartado 3 – Compensación a los pasajeros en caso de gran retraso o de cancelación de un vuelo – Exención de la obligación de compensación – Circunstancias extraordinarias – Medidas razonables de preventión – Fallos técnicos causados por un vicio oculto de diseño – Defecto de diseño del motor de una aeronave – Obligación del transportista aéreo de disponer de aeronaves de sustitución], DOUE, C/2024/4569, de 29 de julio de 2024.
82. Asunto C-338/24, Sanofi Pasteur: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Rouen (Francia) el 7 de mayo de 2024 – LF / Sanofi Pasteur SA, DOUE, C/2024/4716, de 5 de agosto de 2024.

83. Asunto C-399/24, AirHelp Germany: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Korneuburg (Austria) el 7 de junio de 2024 – AirHelp Germany GmbH / Austrian Airlines AG, DOUE, C/2024/5215, de 2 de septiembre de 2024.
84. Asunto C-408/24, Austrian Airlines: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 12 de junio de 2024 – República de Austria / Austrian Airlines AG, DOUE, C/2024/5217, de 2 de septiembre de 2024.
85. Asunto C-421/24, AGCOM: Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 14 de junio de 2024 – Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) / Google Ireland Limited. DOUE, C/2024/5218, de 2 de septiembre de 2024.
86. Asunto T-1077/23: Sentencia del Tribunal General de 17 de julio de 2024 – Bytedance/Comisión [«Servicios digitales – Reglamento (UE) 2022/1925 – Designación como guardián de acceso – Servicio de red social en línea – Artículo 3, apartados 1, 2 y 5, del Reglamento 2022/1925 – Requisitos – Presunciones – Destrucción de las presunciones – Derecho de defensa – Igualdad de trato»], DOUE, C/2024/5325, de 9 de septiembre de 2024.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

87. Asunto C-21/24: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza (España) el 12 de enero de 2024 – CP / Nissan Iberia SA, DOUE, C/2024/2591, de 22 de abril de 2024.
88. Asunto C-245/24, LUKOIL Bulgaria EOOD y LUKOIL Neftohim Burgas: Petición de decisión prejudicial planteada por el Administrativen sad Sofia-oblast (Bulgaria) el 5 de abril de 2024 – LUKOIL Bulgaria EOOD, LUKOIL Neftohim Burgas AD / Komisia za zashtita na konkurentsiata, DOUE, C/2024/3747, de 24 de junio de 2024.
89. Asunto C-286/24, Meliá Hotels International: Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) el 23 de abril de 2024 – Meliá Hotels International, S.A. / Associação Ius Omnibus, DOUE, C/2024/4840, de 12 de agosto de 2024.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

90. Asunto T-504/22: Sentencia del Tribunal General de 10 de enero de 2024 – Levantur/EUIPO – Fantasia Hotels & Resorts (Fantasia Bahia Príncipe Hotels & Resorts) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Fantasia Bahia Príncipe Hotels & Resorts – Nombre comercial nacional anterior Fantasia Hoteles – Causa de nulidad relativa – Riesgo de confusión – 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 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C/2024/2020, de 18 de marzo de 2024.

91. Asunto T-505/22: Sentencia del Tribunal General de 10 de enero de 2024 – Levantur/EUIPO – Fantasia Hotels & Resorts (Luxury Bahía Príncipe Fantasia Don Pablo Collection) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Luxury Bahía Príncipe Fantasia Don Pablo Collection – Nombre comercial nacional anterior Fantasia Hoteles – Causa de nulidad relativa – Riesgo de confusión – 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 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C/2024/2021, de 18 de marzo de 2024.
92. Asunto T-650/22: Sentencia del Tribunal General de 17 de enero de 2024 – Athlet/EUIPO – Heuver Banden Groothandel (ATHLET) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión ATHLET – 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/2024/2022, de 18 de marzo de 2024.
93. Asunto T-47/23: Sentencia del Tribunal General de 17 de enero de 2024 – Miłosz Jelen/EUIPO – The Animal Store, Food and Accessories (WILD INSPIRED) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión WILD INSPIRED – Marca denominativa anterior de la Unión INSPIRED – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2023, de 18 de marzo de 2024.
94. Asunto T-60/23: Sentencia del Tribunal General de 17 de enero de 2024 – Ilovepdf/EUIPO – (ILOVEPDF) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión ILOVEPDF – 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 – Confianza legítima – Igualdad de trato»], DOUE, C/2024/2024, de 18 de marzo de 2024.
95. Asunto T-61/23: Sentencia del Tribunal General de 17 de enero de 2024 – Ona Investigación/EUIPO – Formdiet (BIOPÔLE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión BIOPÔLE – Marca denominativa nacional anterior AGUA BIOPOLAR – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2025, de 18 de marzo de 2024.
96. Asunto T-201/22: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2024 – TA Towers/EUIPO – Wobben Properties (Materiales de construcción) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de

- nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa materiales de construcción – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Falta de carácter singular – Artículo 6 del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C/2024/2153, de 25 de marzo de 2024.
97. Asunto T-202/22: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2024 – TA Towers/EUIPO – Wobben Properties (Materiales de construcción) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa materiales de construcción – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Falta de carácter singular – Artículo 6 del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C/2024/2154, de 25 de marzo de 2024.
98. Asunto T-537/22: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2024 – Delta Sport Handelskontor/EUIPO – Lego (Elementos de construcción pertenecientes a un juego de construcciones) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un elemento de construcción perteneciente a un juego de construcciones – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de la apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Características de apariencia de un producto que han de ser necesariamente reproducidas en su forma y dimensiones exactas para permitir la interconexión con otros productos – Dibujos o modelos que tienen por objeto permitir el ensamblaje o la conexión múltiples de productos mutuamente intercambiables dentro de un sistema modular – Artículo 8, apartados 1 a 3, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C/2024/2155, de 25 de marzo de 2024.
99. Asunto T-562/22: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2024 – Noah Clothing/EUIPO – Noah (NOAH) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión NOAH – Uso efectivo de la marca – Naturaleza del uso – Artículos 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Artículos 19, apartado 1, y 10, apartado 7, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Derecho a ser oído»], DOUE, C/2024/2156, de 25 de marzo de 2024.
100. Asunto T-581/22: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2024 – ECE Group/EUIPO – ECE Piknik Ürünleri Plastik ve Kömür Üretim İthalat İhracat (ECE QUALITY OF LIFE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ECE QUALITY OF LIFE – Marca nacional figurativa anterior ECE – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5,

del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2157, de 25 de marzo de 2024.

101. Asunto T-603/22: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2024 – Agus/EUIPO – Alpen Food Group (ROYAL MILK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión ROYAL MILK – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo «para una parte de los productos o de los servicios» – Artículo 58, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Determinación de una subcategoría independiente de productos»], DOUE, C/2024/2159, de 25 de marzo de 2024.
102. Asunto T-636/22: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2024 – U. I. Lapp/EUIPO – Labkable Asia (labkable Solutions for cables) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión labkable Solutions for cables – Marcas figurativas anteriores de la Unión LAPP KABEL STUTTGART y LAPP KABEL y denominativa anterior LAPP – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2160, de 25 de marzo de 2024.
103. Asunto T-26/23: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2024 – Feed/EUIPO – The Feed.com (Feed.) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Feed. – Marca figurativa anterior de la Unión The Feed. – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2161, de 25 de marzo de 2024.
104. Asunto T-55/23: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2024 – Tiendanimal/EUIPO – Salvana Tiernahrung (SALVAJE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SALVAJE – Marca nacional denominativa anterior SALVANA – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/2162, de 25 de marzo de 2024.
105. Asunto T-173/23: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2024 – Simpson Performance Products/EUIPO – Freundlieb (BANDIT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión BANDIT – Marca denominativa anterior no registrada BANDIT – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 2, apartado 2, letra g), del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Identificación de los productos y servicios en los que se basa la oposición»], DOUE, C/2024/2163, de 25 de marzo de 2024.

106. Asunto T-188/23: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2024 – IU Internationale Hochschule/EUIPO (IU International University of Applied Sciences) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa IU International University of Applied Sciences – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/2164, de 25 de marzo de 2024.
107. Asunto T-269/23: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2024 – AirDoctor/EUIPO (AMAZING AIR) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión AMAZING AIR – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2165, de 25 de marzo de 2024.
108. Asunto C-17/24, CeramTec: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 11 de enero de 2024 – CeramTec GmbH / CoorStek Bioceramics LLC, DOUE, C/2024/2288, de 2 de abril de 2024.
109. Asunto T-591/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2024 – Polaroid IP/EUIPO – Klimeck (Representación de un cuadrado dentro de un rectángulo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa un cuadrado dentro de un rectángulo – 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»], DOUE, C/2024/2299, de 2 de abril de 2024.
110. Asunto T-630/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2024 – Topper Argentina/EUIPO – Ningbo Xiangxinli Network Technology (wetoper) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión wetoper – Marcas anteriores denominativa nacional TOP-PER y figurativa Benelux Topper – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2300, de 2 de abril de 2024.
111. Asunto T-792/22: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2024 – Quatrotec Electrónica/EUIPO – Woxter Technology (WOXTER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión WOXTER – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Admisibilidad de las pruebas presentadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Prueba del uso efectivo – Valoración de las pruebas»], DOUE, C/2024/2301, de 2 de abril de 2024.
112. Asunto T-74/23: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2024 – Oriflame Cosmetics/EUIPO – Caramé (O) [«Marca de

la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa O – Registro internacional anterior de la marca figurativa O – Motivos de denegación relativos – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2303, de 2 de abril de 2024.

113. **Asunto T-80/23: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2024 – Beauty Biosciences/EUIPO – Société de Recherche Cosmétique (BEAUTYBIO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión BEAUTYBIO – Causas de nulidad absoluta – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/2304, de 2 de abril de 2024.**
114. **Asunto T-81/23: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2024 – Beauty Biosciences/EUIPO – Société de Recherche Cosmétique (BEAUTYBIO SCIENCE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión BEAUTYBIO SCIENCE – Causas de nulidad absoluta – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/2305, de 2 de abril de 2024.**
115. **Asunto T-101/23: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2024 – Darila/EUIPO – Original Buff (Buffet) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Buffet – Marcas denominativa anterior de la Unión BUFF y figurativa anterior Buff – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2306, de 2 de abril de 2024.**
116. **Asunto T-220/23: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2024 – Casal sport/EUIPO – Tennis d’Aquitaine (CITY STADE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión CITY STADE – Marca que se ha convertido en la designación usual en el comercio de un producto o de un servicio para el que está registrada – Actividad o la inactividad de su titular – Artículo 58, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2307, de 2 de abril de 2024.**

117. Asunto T-302/23: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2024 – Weinart Handelsgesellschaft/EUIPO – Donnafugata (KABI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión KABI – Marca figurativa anterior de la Unión Kabir DONNAFUGATA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2308, de 2 de abril de 2024.
118. Asunto T-318/23: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2024 – J&B/EUIPO – Ergün (J&B BRO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión J&B BRO – Marcas figurativas anteriores de la Unión 4BRO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2309, de 2 de abril de 2024.
119. Asunto T-756/22: Sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 2024 – Roethig López/EUIPO – William Grant & Sons Irish Brands (AMAZONIAN GIN COMPANY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión AMAZONIAN GIN COMPANY – Causa de nulidad absoluta – Carácter descriptivo – Artículos 7, apartado 1, letra c), y 59, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2430, de 8 de abril de 2024.
120. Asunto T-765/22: Sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 2024 – Azalee Cosmetics/EUIPO – L'Oréal (UK) (LA CREME LIBRE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión LA CREME LIBRE – Marca denominativa anterior de la Unión LIBRE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2431, de 8 de abril de 2024.
121. Asunto T-767/22: Sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 2024 – Hoffmann/EUIPO – Moldex/Metric (Holex) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Holex – Marca figurativa anterior de la Unión MOLDEX – Motivo de denegación relativo – Prueba del uso efectivo – Inexistencia de riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2432, de 8 de abril de 2024.
122. Asunto T-82/23: Sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 2024 – Nextrend/EUIPO – Xiamen Axent Corporation y Axent Switzerland [Inodoros (parte de –)] [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de anulación – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa inodoros (parte de –) – Dibujo o modelo comunitario anterior – Motivos de nulidad – Carácter singular – Impresión general distinta – Grado de libertad del autor – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2433, de 8 de abril de 2024.

- los 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C/2024/2433, de 8 de abril de 2024.
123. Asunto T-92/23: Sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 2024 – Timothy Jacob Jensen Studios/EUIPO (DESIGNERS TRUST) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa DESIGNERS TRUST – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2434, de 8 de abril de 2024.
124. Asunto T-172/23: Sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 2024 – Dendiki/EUIPO – D-Market (hepsiburada) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión hepsiburada – 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/2024/2435, de 8 de abril de 2024.
125. Asunto T-175/23: Sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 2024 – Hong Kong NetEase Interactive Entertainment/EUIPO – Medion (LifeAfter) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión LifeAfter – Marca denominativa anterior de la Unión life – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2436, de 8 de abril de 2024.
126. Asunto T-180/23: Sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 2024 – L'Oréal/EUIPO – Samar't Pharma (BI blue pigment) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BI blue pigment – Marca figurativa anterior de la Unión Bi.cell – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/2437, de 8 de abril de 2024.
127. Asunto T-747/22: Sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2024 – BIW Invest/EUIPO – New Yorker Marketing & Media International (Compton), DOUE, C/2024/2614, de 22 de abril de 2024.
128. Asunto T-98/23: Sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2024 – Atomico Investment/EUIPO – Gomes Tominaga (atomic fund), DOUE, C/2024/2615, de 22 de abril de 2024.
129. Asunto T-164/23: Sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2024 – Drinks Prod/EUIPO – Wolff e Illg (IGISAN), DOUE, C/2024/2616, de 22 de abril de 2024.
130. Asunto T-184/23: Sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2024 – Puma/EUIPO – Société d'équipements de boulangerie

pâtisserie (BERTRAND PUMA La griffe boulangère), DOUE, C/2024/2617, de 22 de abril de 2024.

131. Asunto T-279/23: Sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2024 – Sumol + Compal Marcas/EUIPO – Kåska (smål), DOUE, C/2024/2618, de 22 de abril de 2024.
132. Asunto T-639/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2024 – VF International/EUIPO – Super Brand Licensing (Geographical Norway Expedition), DOUE, C/2024/2757, de 29 de abril de 2024.
133. Asunto T-647/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2024 – Puma/EUIPO – Hasndelsmaatschappij J. Van Hilst (Zapato), DOUE, C/2024/2758, de 29 de abril de 2024.
134. Asunto T-652/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2024 – Lidl Stiftung/EUIPO – MHCS (Tono del color naranja), DOUE, C/2024/2759, de 29 de abril de 2024.
135. Asunto T-796/22: Sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2024 – Drinks Prod/EUIPO – Coolike-Regnery (VIVIASEPT), DOUE, C/2024/2760, de 29 de abril de 2024.
136. Asuntos T-59/23 y T-68/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2024 – DEC Technologies/EUIPO – Tehnoexport (DEC FLEXIBLE TECHNOLOGIES y Representación de un cuadrado con curvas), DOUE, C/2024/2761, de 29 de abril de 2024.
137. Asunto T-117/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de marzo de 2024 – Kantstraße Paris Bar/EUIPO – Superstudio21 (Bar Paris), DOUE, C/2024/2762, de 29 de abril de 2024.
138. Asunto T-206/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de marzo de 2024 – Laboratorios Ern/EUIPO – Cannabinoids Spain (Sanoid), DOUE, C/2024/2763, de 29 de abril de 2024.
139. Asunto T-243/23: Sentencia del Tribunal General de 13 de marzo de 2024 – Quality First/EUIPO (MORE-BIOTIC), DOUE, C/2024/2764, de 29 de abril de 2024.
140. Asunto T-301/23: Sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2024 – Vía Atlántica Adegas e Viñedos/EUIPO – Casa Relvas (VIA ATLÁNTICA) DOUE, C/2024/2765, de 29 de abril de 2024.
141. Asunto T-213/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2024 – EFFAS/EUIPO – CFA Institute(CEFA Certified European Financial Analyst), DOUE, C/2024/2948, de 6 de mayo de 2024.
142. Asunto T-245/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2024 – Braunschweiger Versorgungs/EUIPO – B.F. Energy (BF energy), DOUE, C/2024/2949, de 6 de mayo de 2024.

143. Asuntos T-334/23 a T-337/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2024 – Nehera y otros/EUIPO – Zdút (nehera, NEHERA y NEHERA PRAGUE), DOUE, C/2024/2950, de 6 de mayo de 2024.
144. Asunto T-540/23: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2024 – Sandhold/EUIPO – Grupo de Bodegas Vinartis (PATA-POUF), DOUE, C/2024/2951, de 6 de mayo de 2024.
145. Asunto C-76/24, Tradeinn Retail Services: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 1 de febrero de 2024 – Tradeinn Retail Services S.L. / PH, DOUE, C/2024/3149, de 21 de mayo de 2024.
146. Asunto T-654/22: Sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2024 – M&T 1997/EUIPO – VDS Czmyr Kowalik (Picaportes de puertas y ventanas), DOUE, C/2024/3326, de 3 de junio de 2024.
147. Asunto T-38/23: Sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2024 – IB/EUIPO, DOUE, C/2024/3328, de 3 de junio de 2024.
148. Asunto T-42/23: Sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2024 – Häcker Küchen/EUIPO – Moura & Moura (MH Cuisines), DOUE, C/2024/3329, de 3 de junio de 2024.
149. Asunto T-62/23: Sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2024 – Maxeon Solar/EUIPO – ZO [Paneles solares (parte de -)], DOUE, C/2024/3330, de 3 de junio de 2024.
150. Asunto T-63/23: Sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2024 – Maxeon Solar/EUIPO – ZO [Paneles solares (parte de -)], DOUE, C/2024/3331, de 3 de junio de 2024.
151. Asunto T-161/23: Sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2024 – Schönegger Käse-Alm/EUIPO – Jumpseat3D plus Germany (Rebell), DOUE, C/2024/3332, de 3 de junio de 2024.
152. Asunto T-262/23: Sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2024 – Mushie & Co/EUIPO – Diana Dolls Fashions (Mushie), DOUE, C/2024/3333, de 3 de junio de 2024.
153. Asunto C-168/24, PMJC: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 28 de febrero de 2024 – PMJC SAS / [W] [X], [M] [X], [X] Cráative SAS, DOUE, C/2024/3444, de 10 de junio de 2024.
154. Asunto T-126/22: Sentencia del Tribunal General de 17 de abril de 2024 – Coinbase/EUIPO – Coinbase Global (coinbase), DOUE, C/2024/3457, de 10 de junio de 2024.
155. Asunto T-76/23: Sentencia del Tribunal General de 17 de abril de 2024 – DDP Specialty Electronic Materials US 8/EUIPO – Taniobis (AMBERTEC), DOUE, C/2024/3464, de 10 de junio de 2024.

156. Asunto T-119/23: Sentencia del Tribunal General de 17 de abril de 2024 – Insider/EUIPO – Alaj (in Insajderi), DOUE, C/2024/3465, de 10 de junio de 2024.
157. Asunto T-209/23: Sentencia del Tribunal General de 17 de abril de 2024 – Yadex International/EUIPO – Armada Gida (doyum), DOUE, C/2024/3466, de 10 de junio de 2024.
158. Asunto T-255/23: Sentencia del Tribunal General de 17 de abril de 2024 – Escobar/EUIPO (Pablo Escobar), DOUE, C/2024/3467, de 10 de junio de 2024.
159. Asunto T-288/23: Sentencia del Tribunal General de 17 de abril de 2024 – Unilab/EUIPO – Cofares (Healthily), DOUE, C/2024/3468, de 10 de junio de 2024.
160. Asunto T-388/23: Sentencia del Tribunal General de 17 de abril de 2024 – Ergotopia/EUIPO (WellBack), DOUE, C/2024/3469, de 10 de junio de 2024.
161. Asunto T-673/22: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2024 – Dr. Neumann & Kindler/EUIPO – Laboratory Corporation of America Holdings (LABCORP), DOUE, C/2024/3607, de 17 de junio de 2024.
162. Asunto T-674/22: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2024 – Dr. Neumann & Kindler/EUIPO – Laboratory Corporation of America Holdings (LabCorp), DOUE, C/2024/3608, de 17 de junio de 2024.
163. Asunto T-157/23: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2024 – Kneipp/EUIPO – Patou (Joyful by nature), DOUE, C/2024/3609, de 17 de junio de 2024.
164. Asunto T-208/23: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2024 – FCI/EUIPO – Sitges Alonso (Postes), DOUE, C/2024/3610, de 17 de junio de 2024.
165. Asunto T-303/23: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2024 – Tsakiris/EUIPO – Coca-Cola 3E Ellados (Le Petit Déjeuner TSAKIRIS FAMILY), DOUE, C/2024/3611, de 17 de junio de 2024.
166. Asunto T-313/23: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2024 – Adeva/EUIPO – Sideme (MAISON CAVIST.), DOUE, C/2024/3612, de 17 de junio de 2024.
167. Asunto T-357/23: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2024 – Verla-Pharm Arzneimittel/EUIPO – Converso (Pherla), DOUE, C/2024/3613, de 17 de junio de 2024.
168. Asunto T-548/23: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2024 – Daimler Truck/EUIPO (TRUCKS YOU CAN TRUST), DOUE, C/2024/3614, de 17 de junio de 2024.

169. Asunto T-757/22: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2024 – Puma/EUIPO – Road Star Group (Zapato) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un zapato – Dibujos o modelos comunitarios anteriores – Causa de nulidad – Carácter singular – Artículos 25, apartado 1, letra b), y 6, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C/2024/3766, de 24 de junio de 2024.
170. Asunto T-758/22: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2024 – Puma/EUIPO – Fujian Daocheng Electronic Commerce (Zapato) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un zapato – Dibujos o modelos comunitarios anteriores – Causas de nulidad – Carácter singular – Artículos 25, apartado 1, letra b), y 6, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C/2024/3767, de 24 de junio de 2024.
171. Asunto T-91/23: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2024 – Ofree/EUIPO – gamigo (gamindo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión gamindo – Marca denominativa anterior de la Unión gamigo – 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, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 41, apartado 2, letra c), Carta de los Derechos Fundamentales»], DOUE, C/2024/3769, de 24 de junio de 2024.
172. Asunto T-207/23: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2024 – Sta Grupa/EUIPO – Axis (VAPIX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión VAPIX – 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/2024/3771, de 24 de junio de 2024.
173. Asunto T-314/23: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2024 – Tiendanimal/EUIPO (CRIADORES) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión CRIADORES – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Igualdad de trato – Principio de legalidad – Principio de buena administración – Confianza legítima»], DOUE, C/2024/3772, de 24 de junio de 2024.
174. Asunto T-320/23: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2024 – The Not Company/EUIPO (NOT MILK) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión NOT MILK – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación –

Igualdad de trato – Principio de buena administración»], DOUE, C/2024/3773, de 24 de junio de 2024.

175. Asunto T-436/23: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2024 – Daimler Truck/EUIPO (CERTIFIED) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa CERTIFIED – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/3774, de 24 de junio de 2024.
176. Asunto T-501/23: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2024 – Listan/EUIPO (Silent Loop) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa Silent Loop – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/3775, de 24 de junio de 2024.
177. Asunto T-181/23: Sentencia del Tribunal General de 15 de mayo de 2024 – Dermavita Company/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVÉDERM) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión JUVÉDERM – Causa de nulidad absoluta – Inexistencia de mala fe – Artículo 51, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/3914, de 1 de julio de 2024.
178. Asunto T-308/23: Sentencia del Tribunal General de 15 de mayo de 2024 – Korkmaz/EUIPO – Intersnack Deutschland (CETOS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CETOS – Marca nacional denominativa anterior CHITOS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/3915, de 1 de julio de 2024.
179. Asunto T-512/23: Sentencia del Tribunal General de 15 de mayo de 2024 – Cellphenomics/EUIPO (CellCompDx) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión CellCompDx – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/3916, de 1 de julio de 2024.
180. Asunto T-316/23: Sentencia del Tribunal General de 15 de mayo de 2024 – Pfriem/EUIPO – U-Control (UC) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marque figurativa UC – Marca figurativa anterior de la Unión UC – Derecho a ser oído – Principio de imparcialidad – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Artículo 27, apartado 2, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Motivo de denegación relativo – Riesgo

de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»,], DOUE, C/2024/4086, de 8 de julio de 2024.

181. Asunto T-777/22: Sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2024 – Penguin Random House/EUIPO – Ediciones Literarias Independientes (PLAN B) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa PLAN B – Nombre comercial anterior Ediciones Plan B – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/4327, de 15 de julio de 2024.
182. Asunto T-79/23: Sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2024 – Chiquita Brands/EUIPO – Jara 2000 (CHIQUITA QUEEN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CHIQUITA QUEEN – Marca figurativa anterior de la Unión Red Queen – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/4330, de 15 de julio de 2024.
183. Asunto T-429/23: Sentencia del Tribunal General de 5 de junio de 2024 – Hofstede Insights/EUIPO – Geert Hofstede (HOFSTEDE INSIGHTS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión hofstede insights – Marca nacional denominativa anterior y denominación comercial nacional anterior HOFSTEDE INSIGHTS – Denominación comercial nacional anterior y denominación social nacional anterior Hofstede Insights – Denominación comercial nacional anterior y denominación social nacional anterior Hofstede Insights Group – Nombre de dominio hofstede-insights.com – Nombre de dominio hofstede-insights.net – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Fundamentos de Derecho a mayor abundamiento – Motivo inoperante»], DOUE, C/2024/4331, de 15 de julio de 2024.
184. Asunto T-499/23: Sentencia del Tribunal General de 5 de junio de 2024 – Enterprise Holdings/EUIPO – Qommute (COMMUTE WITH ENTERPRISE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión COMMUTE WITH ENTERPRISE – Marca denominativa anterior de la Unión Qommute – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/4332, de 15 de julio de 2024.
185. Asunto T-500/23: Sentencia del Tribunal General de 5 de junio de 2024 – Enterprise Holdings/EUIPO – Qommute (COMMUTE WITH ENTERPRISE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión COMMUTE WITH ENTERPRISE – Marca denominativa anterior de la Unión Qommute – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/4333, de 15 de julio de 2024.

186. Asunto C-365/24, Purefun Group: Petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (Suecia) el 20 de mayo de 2024 – Purefun Group AB / Doggy AB, DOUE, C/2024/4452, de 22 de julio de 2024.
187. Asunto T-58/23: Sentencia del Tribunal General de 5 de junio de 2024 – Supermac's/EUIPO – McDonald's International Property (BIG MAC) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión BIG MAC – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de prueba del uso efectivo de la marca para determinados productos y servicios – Falta de elementos concretos y objetivos – Falta de sub-categoría autónoma – Interpretación de la lista de servicios»], DOUE, C/2024/4469, de 22 de julio de 2024.
188. Asunto T-130/23: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2024 – Nike Innovate/EUIPO – Puma (FOOTWARE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión FOOTWARE – Causa de nulidad absoluta – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Admisibilidad de nuevos elementos de prueba – Artículo 95, apartados 1 y 2, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C/2024/4471, de 22 de julio de 2024.
189. Asunto T-170/23: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2024 – Amstel Brouwerij/EUIPO – Anheuser-Busch (ULTRA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión ULTRA – Causa de nulidad absoluta— Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Directrices de examen de la EUIPO»], DOUE, C/2024/4472, de 22 de julio de 2024.
190. Asunto T-365/23: Sentencia del Tribunal General de 5 de junio de 2024 – Habitat Barcelona Unión Constructora/EUIPO – Acomodeo Marketplace (ACOMODEO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión ACOMODEO – Marca nacional denominativa anterior ACOMODIS – Causa de nulidad relativa – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – 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/2024/4473, de 22 de julio de 2024.
191. Asunto T-472/23: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2024 – Marcinkowska-Dec/EUIPO – Ismailova (DESSI)

- [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión DESSI – Marca denominativa anterior de la Unión DESHI – Causa de nulidad relativa – Riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/4474, de 22 de julio de 2024.
192. Asunto T-604/22: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2024 – Société du Tour de France/EUIPO – FitX (TOUR DE X) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TOUR DE X – Marca denominativa nacional y registro internacional de una marca figurativa anteriores TOUR DE FRANCE – Marcas denominativas anteriores de la Unión y nacional LE TOUR DE FRANCE – Marca figurativa anterior de la Unión LE TOUR DE FRANCE – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Inexistencia de menoscabo para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C/2024/4581, de 29 de julio de 2024.
193. Asunto T-78/23: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2024 – Google/EUIPO – EPay (GPAY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GPAY – Marca nacional figurativa anterior ePay – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/4585, de 29 de julio de 2024.
194. Asunto T-149/23: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2024 – Kirov/EUIPO – Pasticceria Cristiani (CRISTIANI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión CRISTIANI – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Expiración del período de cinco años – Obligación de motivación»], DOUE, C/2024/4586, de 29 de julio de 2024.
195. Asunto T-312/23: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2024 – Naturgy Energy Group/EUIPO – Global Power Service (gps global power service) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión GPS GLOBAL POWER SERVICE – Marcas nacionales figurativas anteriores GPG GLOBAL POWER GENERATION – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/4587, de 29 de julio de 2024.
196. Asunto T-343/23: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2024 – Katjes Fassin/EUIPO (Beyond Chocolate) [Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Beyond Chocolate – 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/2024/4588, de 29 de julio de 2024.

197. Asunto C-801/21 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 20 de junio de 2024 – Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) / Indo European Foods Ltd [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea Abresham Super Basmati Selaa Grade One World's Best Rice – Marca denominativa anterior no registrada del Reino Unido BASMATI – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 4 – Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 72 – Motivo de denegación relativo – Oposición – Recurso ante la Sala de Recurso – Desestimación – Recurso ante el Tribunal General – Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica – Artículos 126 y 127 – Período transitorio – Consecuencias de la finalización del período transitorio sobre la protección de la marca anterior – Circunstancias posteriores a la adopción de la resolución controvertida – Subsistencia del objeto del recurso y del interés en ejercitar la acción], DOUE, C/2024/4689, de 5 de agosto de 2024.
198. Asunto T-192/23: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2024 – Peikko Group/EUIPO – Anstar (Forma de vigas metálicas para la construcción) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de vigas metálicas para la construcción – Causa de nulidad absoluta – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e) inciso ii), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Inexistencia de características esenciales no funcionales»], DOUE, C/2024/4724, de 5 de agosto de 2024.
199. Asunto T-260/23: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2024 – Volvo Personvagnar/EUIPO (Forma de faros) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de faros – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/4725, de 5 de agosto de 2024.
200. Asunto T-304/23: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2024 – Coinbase/EUIPO (Representación de un círculo interrumpido) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa un círculo interrumpido – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/4726, de 5 de agosto de 2024.
201. Asunto T-597/22: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2024 – Sophienwald/EUIPO – Zalto Glas (Sw Sophienwald)

- [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Sw Sophienwald – Causa de nulidad absoluta – Carácter descriptivo – Artículos 7, apartado 1, letra c), y 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 7, apartado 1, letra c), y 59, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/4855, de 12 de agosto de 2024.
202. Asunto T-329/22: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2024 – Canalones Castilla/EUIPO – Canalones Novokanal (Bajante para la recogida de aguas o canalón) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una bajante para la recogida de aguas o un canalón – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Prueba de la divulgación»], DOUE, C/2024/4961, de 19 de agosto de 2024.
203. Asunto T-345/23: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2024 – AC Marca Brands/EUIPO – den Ouden (SANITIEN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SANITIEN – Marcas figurativa y denominativa anteriores de la Unión SANYTOL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Mayor carácter distintivo de la marca anterior»], DOUE, C/2024/4964, de 19 de agosto de 2024.
204. Asunto T-358/23: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2024 – AC Marca Brands/EUIPO – Sanitix (Sanitix) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Sanitix – Marca figurativa anterior de la Unión SANYTOL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Mayor carácter distintivo de la marca anterior»], DOUE, C/2024/4965, de 19 de agosto de 2024.
205. Asunto T-530/23: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2024 – AC Marca Brands/EUIPO – Teb Barcelona (saniteb +) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión saniteb + – Marca denominativa anterior de la Unión SANYTOL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Mayor carácter distintivo de la marca anterior»], DOUE, C/2024/4966, de 19 de agosto de 2024.
206. Asunto T-210/23: Sentencia del Tribunal General de 10 de julio de 2024 – Azienda Agricola Elli Buccelletti/EUIPO – Sunservice (Estacas de soporte para plantas) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa estacas de soporte para plantas – Dibujo o modelo anterior – Causa de nulidad – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Prueba de la divulgación – Artículos 7 y 25,

apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C/2024/5099, de 26 de agosto de 2024.

207. Asunto T-473/23: Sentencia del Tribunal General de 10 de julio de 2024 – Bartex Bartol/EUIPO – Grupa Chorten (duch puszczy) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión duch puszczy – Causa de nulidad absoluta – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 16, apartado 2, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C/2024/5101, de 26 de agosto de 2024.
208. Asunto T-541/23: Sentencia del Tribunal General de 10 de julio de 2024 – Laura Food/EUIPO – Bella Tawzaa II (Té Verde de China AL ASSAD HBOUB R3505 Chaara 4011) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Té Verde de China AL ASSAD HBOUB R3505 Chaara 4011 – Marca figurativa anterior de la Unión Grand Lion 4011 B552 – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C/2024/5102, de 26 de agosto de 2024.
209. Asunto C-322/24: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante (España) el 30 de abril de 2024 – Sánchez Romero Carvajal Jabugo, SAU / Embutidos Monells, SA, DOUE, C/2024/5206, de 2 de septiembre de 2024.
210. Asunto C-323/24: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil no 1 de Alicante (España) el 2 de mayo de 2024 – Deity Shoes, S.L. / Mundorama Confort, S.L. y Stay Design, S.L., DOUE, C/2024/5207, de 2 de septiembre de 2024.
211. Asunto C-452/24, Lunapark Scandinavia: Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus (Finlandia) el 26 de junio de 2024 – Oy Lunapark Scandinavia Ltd / Hardeco Finland Oy, DOUE, C/2024/5221, de 2 de septiembre de 2024.
212. Asunto T-50/23: Sentencia del Tribunal General de 17 de julio de 2024 – W.B. Studio/EUIPO – E.Land Italy (BELFE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión BELFE – Uso efectivo de la marca – Caducidad parcial – Artículo 18, apartado 1, párrafo segundo, letra b), y artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Colocación de la marca de la Unión en los productos o en su embalaje en la Unión solo con fines de exportación – Prueba del uso efectivo – Inexistencia de uso meramente interno – Artículo 19 del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C/2024/5233, de 2 de septiembre de 2024.
213. Asunto T-54/23: Sentencia del Tribunal General de 17 de julio de 2024 – W.B. Studio/EUIPO – E.Land Italy (BF BELFE)

[«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión BF BELFE – Uso efectivo de la marca – Caducidad parcial – Artículo 18, apartado 1, párrafo segundo, letra b), y artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Colocación de la marca de la Unión en los productos o en su embalaje en la Unión solo con fines de exportación – Prueba del uso efectivo – Inexistencia de uso meramente interno – Artículo 19 del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C/2024/5234, de 2 de septiembre de 2024.

214. Asunto C-412/24, Fauré Le Page: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 10 de junio de 2024 – Fauré Le Page Maroquinier SAS, Fauré Le Page Paris SAS / Goyard ST-Honoré SAS, DOUE, C/2024/5306, de 9 de septiembre de 2024.

PROPIEDAD INTELECTUAL

215. Asunto C-580/22 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 30 de enero de 2024 – bonnanwalt Vermögens- und Beteiligungsgesellschaft mbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Bayerischer Rundfunk, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk Köln, Radio Bremen (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa tagesschau – Declaración parcial de caducidad – Representación por un abogado – Exigencia de independencia), DOUE, C/2024/1998, de 18 de marzo de 2024.
216. Asunto C-37/24, DADA Music y UPFR: Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Bucureşti (Rumanía) el 19 de enero de 2024 – DADA Music SRL, Uniunea Producătorilor de Fonograme din România (UPFR) / Asociația Radiourilor Locale și Regionale (ARLR), DOUE, C/2024/2728, de 29 de abril de 2024.
217. Asunto C-10/22, LEA: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de marzo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Roma – Italia) – Liberi editori e autori (LEA) / Jamendo SA (Procedimiento prejudicial – Directiva 2014/26/UE – Gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines – Entidades de gestión colectiva – Operadores de gestión independientes – Acceso a la actividad de gestión de los derechos de autor y derechos afines – Directiva 2000/31/CE – Ámbito de aplicación material – Artículo 3, apartado 3 – Directiva 2006/123/CE – Ámbito de aplicación material – Artículo 17, punto 11 – Artículo 56 TFUE), DOUE, C/2024/3128, de 21 de mayo de 2024.
218. Asunto C-106/24, WEAREONE.WORLD: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie (Bélgica) el 8 de febrero de 2024 – OV / WEAREONE.WORLD BV, DOUE, C/2024/3154, de 21 de mayo de 2024.

219. Asunto C-723/22, Citadines: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de abril de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München – Alemania) – Citadines Betriebs GmbH / MPLC Deutschland GmbH (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículo 3, apartado 1 – Comunicación al público – Concepto – Puesta a disposición de televisores en un establecimiento hotelero – Transmisión de una señal mediante un repartidor de cable coaxial – Directiva 93/83/CEE – Distribución por cable – Distribuidores por cable – Conceptos – Contrato de licencia con las entidades de gestión colectiva para la distribución por cable – Retransmisión de esta señal a través de un sistema de distribución por cable del propio establecimiento), DOUE, C/2024/3282, de 3 de junio de 2024.
220. Asunto C-127/24, VHC 2 Seniorenresidenz: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 15 de febrero de 2024 – Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte e.V. (GEMA) / VHC 2 Seniorenresidenz und Pflegeheim gGmbH, DOUE, C/2024/3585, de 17 de junio de 2024.
221. Asunto C-470/21, La Quadrature du Net y otros (Datos personales y lucha contra la vulneración de derechos de propiedad intelectual): Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 30 de abril de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d’État – Francia) – La Quadrature du Net, Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, Franciliens.net, French Data Network / Premier ministre, Ministère de la Culture (Procedimiento prejudicial – Tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas – Directiva 2002/58/CE – Confidencialidad de las comunicaciones electrónicas – Protección – Artículos 5 y 15, apartado 1 – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1 – Legislación nacional que tiene como finalidad luchar, a través de la acción de una autoridad pública, contra las vulneraciones del derecho de propiedad intelectual cometidas en Internet – Procedimiento de respuesta gradual – Recogida inicial, por organizaciones de titulares de derechos, de las direcciones IP utilizadas para actividades que vulneran los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor – Acceso posterior de la autoridad pública encargada de proteger los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor a datos de identidad civil correspondientes a esas direcciones IP conservadas por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas – Tratamiento automatizado – Exigencia de control previo por un órgano jurisdiccional o una entidad administrativa independiente – Requisitos materiales y procedimentales – Garantías contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso y uso ilícitos de esos datos), DOUE, C/2024/3717, de 24 de junio de 2024.

222. Asunto C-182/24, SACD y otros: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal judiciaire de Paris (Francia) el 5 de marzo de 2024 – RB y otros, en condición de derechohabientes de Claude Chabrol, RZ y otros, en condición de derechohabientes de Paul Gégauff / Brinter Company Ltd, Artedis SA, BS, MW, Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD), Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) y otros, DOUE, C/2024/3892, de 1 de julio de 2024.
223. Asunto C-135/23, GEMA: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de junio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Potsdam – Alemania) – Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA) / GL (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículo 3, apartado 1 – Comunicación al público – Concepto – Mera puesta a disposición de instalaciones – Puesta a disposición en pisos de televisores equipados con una antena de interior que permite la captación de señales y la difusión de emisiones – Carácter lucrativo – Principio de neutralidad tecnológica), DOUE, C/2024/4698, de 5 de agosto de 2024.

PROTECCIÓN DE DATOS

224. Asunto C-687/21, MediaMarktSaturn: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hagen – Alemania) – BL / MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH, anteriormente Saturn Electro-Handelsgesellschaft mbH Hagen [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Interpretación de los artículos 5, 24, 32 y 82 – Apreciación de la validez del artículo 82 – Inadmisibilidad de la petición de apreciación de la validez – Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de tales datos realizado infringiendo dicho Reglamento – Transmisión de datos a un tercero no autorizado como consecuencia de un error cometido por los trabajadores del responsable del tratamiento – Apreciación del carácter apropiado de las medidas de protección aplicadas por el responsable del tratamiento – Función compensatoria desempeñada por el derecho a indemnización – Influencia de la gravedad de la infracción – Necesidad de acreditar la existencia de los daños y perjuicios causados por la infracción – Concepto de «daños y perjuicios inmatrimoniales»], DOUE, C/2024/1993, de 18 de marzo de 2024.
225. Asunto C-118/22, Direktor na Glavna direktsia Natsionalna politisia pri MVR – Sofia: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de enero de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven administrativen sad – Bulgaria) – NG / Direktor na Glavna direktsia Natsionalna politisia pri MVR – Sofia [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales para fines de lucha contra las infracciones penales – Directiva (UE)

2016/680 – Artículo 4, apartado 1, letras c) y e) – Minimización de datos – Limitación del plazo de conservación – Artículo 5 – Plazos apropiados para la supresión o para una revisión periódica de la necesidad de conservación – Artículo 10 – Tratamiento de datos biométricos y genéticos – Estricta necesidad – Artículo 16, apartados 2 y 3 – Derecho a la supresión – Limitación del tratamiento – Artículo 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Persona física condenada mediante sentencia firme y ulteriormente rehabilitada – Plazo de conservación de los datos hasta su fallecimiento – Inexistencia de derecho a la supresión o a la limitación del tratamiento – Proporcionalidad], DOUE, C/2024/1994, de 18 de marzo de 2024.

226. **Asunto C-755/21 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de marzo de 2024 – Marián Kočner / Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) [Recurso de casación – Cooperación policial – Reglamento (UE) 2016/794 – Artículos 49, apartado 3, y 50 – Protección de datos personales – Tratamiento ilícito de datos – Proceso penal incoado en Eslovaquia contra el recurrente – Dictamen pericial realizado por la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) a efectos de la instrucción – Extracción de datos de teléfonos móviles y de un dispositivo de almacenamiento USB pertenecientes al recurrente – Divulgación de dichos datos – Daño moral – Recurso de indemnización – Naturaleza de la responsabilidad extracontractual], DOUE, C/2024/2901, de 6 de mayo de 2024.**
227. **Asunto C-604/22, IAB Europe: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 7 de marzo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el hof van beroep te Brussel – Bélgica) – IAB Europe / Gegevensbeschermingsautoriteit [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Organización sectorial normativa que propone a sus miembros normas sobre el tratamiento del consentimiento de los usuarios – Artículo 4, punto 1 – Concepto de «datos personales» – Cadena de letras y caracteres que capta, de manera estructurada y legible mecánicamente, las preferencias de un usuario de Internet relativas al consentimiento de dicho usuario en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales – Artículo 4, punto 7 – Concepto de «responsable del tratamiento» – Artículo 26, apartado 1 – Concepto de «corresponsables del tratamiento» – Organización que no tiene acceso a los datos personales tratados por sus miembros – Responsabilidad de la organización que se extiende a los tratamientos ulteriores de datos efectuados por terceros] DOUE, C/2024/2907, de 6 de mayo de 2024.**
228. **Asunto C-740/22, Endemol Shine Finland: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 marzo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Itä-Suomen hovioikeus – Finlandia) – Endemol Shine Finland Oy [Procedimiento prejudicial – Protección de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículos 2, 4, 6, 10 y 86 – Datos en poder de un órgano jurisdiccional relati-**

vos a condenas penales de una persona física – Comunicación oral de tales datos a una sociedad mercantil en el marco de un concurso organizado por esta – Concepto de «tratamiento de datos personales» – Normativa nacional que regula el acceso a dichos datos – Conciliación entre el derecho de acceso del público a documentos oficiales y la protección de los datos personales], DOUE, C/2024/2909, de 6 de mayo de 2024.

229. Asunto C-46/23, Újpesti Polgármesteri Hivatal: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de marzo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék – Hungría) – Budapest Főváros IV. Kerület Újpest Önkormányzat Polgármesteri Hivatala / Nemzeti Adatvédelmi és Információszbadság Hatóság [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 58, apartado 2, letras d) y g) – Poderes de la autoridad de control de un Estado miembro – Artículo 17, apartado 1 – Derecho de supresión («el derecho al olvido») – Supresión de datos personales que han sido tratados ilícitamente – Poder de la autoridad nacional de control para ordenar al responsable o al encargado del tratamiento que suprima tales datos sin solicitud previa del interesado], DOUE, C/2024/3049, de 13 de mayo de 2024.
230. Asunto C-199/24, Garrapatica: Petición de decisión prejudicial planteada por el Attunda tingsrätt (Suecia) el 13 de marzo de 2024 – ND / Garrapatica AB, DOUE, C/2024/3161, de 21 de mayo de 2024.
231. Asunto C-741/21, juris: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de abril de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Saarbrücken – Alemania) – GP / juris GmbH [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 82 – Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de datos en infracción de ese Reglamento – Concepto de «daños y perjuicios inmateriales» – Influencia de la gravedad de los daños y perjuicios sufridos – Responsabilidad del responsable del tratamiento – Eventual exoneración en caso de error de una persona que actúa bajo su autoridad en el sentido del artículo 29 – Determinación del importe de la indemnización – Inaplicabilidad de los criterios establecidos para las multas administrativas en el artículo 83 – Determinación en caso de infracciones múltiples del referido Reglamento], DOUE, C/2024/3278, de 3 de junio de 2024.
232. Asunto C-178/22, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de abril de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Bolzano / Landesgericht Bozen – Italia) – Proceso penal contra Desconocidos (Procedimiento prejudicial – Tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas – Confidencialidad de las comunicaciones – Proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas – Directiva

2002/58/CE – Artículo 15, apartado 1 – Artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Acceso a esos datos solicitado por una autoridad nacional competente para el enjuiciamiento de delitos de hurto con circunstancias agravantes – Definición del concepto de delito grave cuya persecución puede justificar una injerencia grave en los derechos fundamentales – Competencia de los Estados miembros – Principio de proporcionalidad – Alcance del control previo del juez sobre las solicitudes de acceso a los datos conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas), DOUE, C/2024/3721, de 24 de junio de 2024.

233. **Asunto T-375/22: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2024 – Izuzquiza y otros/Parlamento [«Acceso a los documentos – Protección de datos personales – Reglamento (CE) núm. 1049/2001 – Documentos relativos a las asignaciones y dietas y a los gastos abonados a un miembro del Parlamento Europeo, así como a los salarios y a las asignaciones y dietas de sus asistentes parlamentarios – Denegación de acceso – Excepción relativa a la protección de la intimidad y la integridad de la persona – Artículo 4, apartados 1, letra b), y 6, del Reglamento núm. 1049/2001 – Protección de los intereses legítimos del interesado – Necesidad de la transmisión de datos personales para una finalidad específica de interés público – Artículo 9, apartado 1, del Reglamento (UE) 2018/1725»], DOUE, C/2024/3763, de 24 de junio de 2024.**
234. **Asunto C-312/23, Addiko Bank: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 27 de mayo de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Upravni sud u Zagrebu – Croacia) – Addiko Bank d.d. / Agencija za zaštitu osobnih podataka [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Respuesta que puede deducirse claramente de la jurisprudencia – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 15 – Derecho de acceso del interesado a los datos personales que le conciernen y que son objeto de tratamiento – Derecho a obtener una copia de estos datos – Concepto de copia – Motivos de la solicitud de acceso a los citados datos – Utilización de los datos para entablar una acción judicial], DOUE, C/2024/4439, de 22 de julio de 2024.**
235. **Asuntos acumulados C-182/22 y C-189/22, Scalable Capital: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de junio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht München – Alemania) – JU (C-182/22), SO (C-189/22) / Scalable Capital GmbH [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 82 – Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de datos en infracción de ese Reglamento – Concepto de daños y perjuicios inmateriales – Indemnización punitiva o mera compensación y satisfacción – Indemnización mínima o simbólica – Robo de datos personales registrados en una aplicación de nego-**

ciación con valores – Usurpación de identidad o fraude], DOUE, C/2024/4691, de 5 de agosto de 2024.

236. Asunto C-590/22, Dirección errónea): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de junio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Wesel – Alemania) – AT, BT / PS GbR, VG, MB, DH, WB, GS [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 82, apartado 1 – Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de datos en infracción de este Reglamento – Concepto de daños y perjuicios inmateriales – Influencia de la gravedad de los daños y perjuicios sufridos – Determinación del importe de la indemnización – Pretensión de indemnización por daños y perjuicios inmateriales basada en un temor – Inaplicabilidad de los criterios establecidos para las multas administrativas en el artículo 83 – Función disuasoria – Determinación en caso de infracciones simultáneas del referido Reglamento y del Derecho nacional], DOUE, C/2024/4695, de 5 de agosto de 2024.
237. Asunto C-599/23, Obshtina Burgas y otros: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 17 de junio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rayonen sad Aytos – Bulgaria) – QP / Natsionalna agentsia za prihodite, Obshtina Burgas, Ministerstvo na pravosadieto (Procedimiento prejudicial – Artículo 53, apartado 2, y artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Directiva 95/46/CE – Tratamiento de datos personales en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa – Obligación de exponer el contexto fáctico y normativo del litigio principal – Obligación de indicar las razones que justifican la necesidad de una respuesta del Tribunal de Justicia así como de la relación entre las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación se solicita y la normativa nacional aplicable – Falta de precisiones suficientes – Inadmisibilidad manifiesta), DOUE, C/2024/4706, de 5 de agosto de 2024.
238. Asunto C-312/24, Darashev: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 29 de abril de 2024 – CL/Prokuratura na Republika Bulgaria, DOUE, C/2024/4715, de 5 de agosto de 2024.
239. Asunto C-422/24, Storstockholms Lokaltrafik: Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta förvaltningsdomstolen (Suecia) el 17 de junio de 2024 – Integritetsskyddsmyndigheten / AB Storstockholms Lokaltrafik, DOUE, C/2024/5081, de 26 de agosto de 2024.
240. Asunto C-461/22, MK (Curador profesional): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 11 de julio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hannover – Alemania) – MK / WB [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos persona-

les – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 2, apartado 2, letra c) – Ámbito de aplicación – Exclusiones – Actividad exclusivamente personal o doméstica – Artículo 4, punto 7 – Responsable del tratamiento – Antiguo curador que ejercía sus funciones a título profesional – Artículo 15 – Acceso de la persona sujeta a curatela a los datos recogidos por ese antiguo curador en el ejercicio de sus funciones], DOUE, C/2024/5194, de 2 de septiembre de 2024.

- 241.** Asunto C-757/22, Meta Platforms Ireland (Acción de representación): Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 11 de julio de 2024 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Meta Platforms Ireland Limited / Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherze, trale Bundesverband e.V. [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 12, apartado 1, primera frase – Transparencia de la información – Artículo 13, apartado 1, letras c) y e) – Obligación de información del responsable del tratamiento – Artículo 80, apartado 2 – Representación de los interesados por una asociación de defensa de los intereses de los consumidores – Acción de representación entablada sin mandato y con independencia de la vulneración de derechos concretos de un interesado – Acción basada en el incumplimiento por parte del responsable del tratamiento de su obligación de información – Concepto de vulneración de los derechos del interesado como consecuencia del tratamiento], DOUE, C/2024/5198, de 2 de septiembre de 2024.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

- 242.** Asunto C-18/24, NOVIS: Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší správní soud (República Checa) el 11 de enero de 2024 – NOVIS Insurance Company, NOVIS Versicherungsgesellschaft, NOVIS Compagnia di Assicurazioni, NOVIS Poist'ovna a.s. / Česká národní banka, DOUE, C/2024/3051, de 13 de mayo de 2024.
- 243.** Asuntos acumulados C-345/22 a C-347/22, Maersk y otros: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de abril de 2024 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra) – Maersk A/S (C-345/22 y C-347/22), Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A. (C-346/22) / Allianz Seguros y Reaseguros, S. A. (C-345/22 y C-347/22), MACS Maritime Carrier Shipping GmbH & Co. (C-346/22), DOUE, C/2024/3569, de 17 de junio de 2024.
- 244.** Asunto C-370/24, Nastolo: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Lodi (Italia) el 23 de mayo de 2024 – AT / CT, DOUE, C/2024/4846, de 12 de agosto 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

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: *Realidad (social) y norma (jurídica): La interpretación sociológica o evolutiva en Derecho privado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 158 pp.

En el año 1934 el Tribunal Supremo debió resolver un supuesto de filiación atendiendo al régimen originario del Código civil. El caso versaba sobre el ejercicio de una acción de declaración de paternidad y el consiguiente derecho a los alimentos que reconocía el art. 138 CC a los «hijos ilegítimos no naturales». Se trataba de dilucidar si, frente el art. 140.2.^º CC que exigía documento indubitable del padre en el que confesara la paternidad, cabía otorgar entidad a algunas fotografías y cierta correspondencia escrita sin intención de reconocer.

Castán, ponente de la sentencia, se encontraba entre dos aguas. Por una parte, el principio general prohibitivo de la investigación de la paternidad sancionado por la base 5.^a de la Ley de 1888 que, orientando la regulación originaria de la filiación, había dado lugar a una interpretación restrictiva en orden a la determinación de la paternidad. Por otra, el posterior artículo 43 de la Constitución de 1931 al disponer que las «leyes civiles regularán la investigación de la paternidad».

Mas, ¿cómo resolver el litigio mediante la aplicación lineal del art. 43 cuando, conforme al parecer general, los preceptos constitucionales carecían de valor normativo directo o inmediato y se trataba de una «norma jurídica incompleta»?

Desestimado el recurso al criterio sistemático al no serle atribuido al art. 43 entidad normativa, con notable ingenio y para llegar a una solución favorable, Castán da entrada al método histórico-evolutivo. Propugnando poner a la ley «en contacto con las exigencias de la vida real», el citado método se concreta en la aplicación del canon sociológico; es decir, en la interpretación de las normas conforme a la realidad social, identificada en la resolu-

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

ción judicial con los factores «ideológicos, morales y económicos» de la comunidad en cada momento histórico.

Así, aun cuando no se pudiera atribuir entidad normativa al artículo 43 de la Constitución, la «Ley suprema del Estado» refleja para el Tribunal «un estado de conciencia en la comunidad política estructurada a través de aquella Ley fundamental». En la materia, dicha conciencia se mostraba propicia a la investigación de la paternidad y exigía desautorizar el hasta entonces criterio de interpretación restrictiva asentado en sede jurisprudencial. Por dicho cauce, las fotografías y la correspondencia pasan a adquirir relevancia a efectos de determinar la filiación con el consiguiente derecho a percibir alimentos.

Con tal precedente, mediante la modificación del Título Preliminar llevada a cabo en el año 1974, el Código civil se incorpora a los cuerpos legales que contienen algún precepto destinado a regular la interpretación de las normas. Mas ello se hace con la singularidad de introducir en el artículo 3.1 CC la «realidad social», como elemento hermenéutico. A partir de entonces el canon sociológico constituye un recurso habitual de interpretación. Mas también elemento que se invoca para solventar problemas de constitucionalidad de ciertas disposiciones legales que, en última instancia, acaban refrendadas mediante la invocación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad *ex art.* 10.1 CE que, pareciendo justificarlo todo, lo mismo sirven para un roto que para un descosido.

Es la realidad social el objeto de la obra del profesor Cerdeira Bravo de Mansilla que aquí se recensiona. A ella accede con la solidez de unos estudios previos relacionados con la materia o sus aledaños; entre otros, sobre la interpretación extensiva y la analogía (ADC, 2012), la interpretación sociológica en la constitucionalidad de la Ley 13/2005 (RDP, 2013), la interpretación evolutiva de la Constitución (RJLJ, 2015), la entidad interpretativa de los materiales prelegislativos (ADC, 2019) o la monografía referente al valor de las exposiciones de motivos y de los preámbulos (2015).

Con tal bagaje, el lector encuentra en la monografía un estudio serio y fundado sobre la interpretación sociológica que para el autor constituye el contrapunto de la interpretación histórica, cumple la finalidad de «impedir la petrificación del Derecho» sorteando la necesidad de incessantes reformas y sin que el canon sociológico pueda ser calificado de residual o subsidiario de último grado.

El trabajo se explica en veintiséis conclusiones de las que procede destacar las tres que, conformando el núcleo de la obra, afectan a aspectos centrales del elemento sociológico; en particular: las normas sobre las que puede recaer, el modo de atribuirle certeza, así como sus consecuencias y límites.

Por lo que concierne al ámbito de aplicación de la interpretación sociológica, desestimando la realidad social como fundamento único de la analogía, Cerdeira postula su extensión a cualquier tipo de norma: escrita, consuetudinaria o principal. En su opinión, además de la ley ordinaria, con los condicionantes y límites que en su caso expone con detalle, la Constitución, los Tratados internacionales, la costumbre y los principios generales del Derecho pueden ser objeto de interpretación conforme a la realidad social.

En lo que atañe a su entidad, un problema arduo y no tratado que plantea la interpretación sociológica es el referente a la necesidad de su certeza: ¿dónde hallar expresada la realidad social que, consolidada, tenga entidad para permitir aplicar el método evolutivo con el juego consiguiente del canon sociológico? El autor desestima que a tales efectos tengan por sí mismo relevancia los puros datos sociológicos, los obtenidos de otras ramas científicas

o la opinión de los autores. Ello por cuanto asume la tesis de que para poder hacer actuar la realidad social es preciso que esté «de algún modo juridificada o positivada».

Con tal presupuesto, el profesor Cerdeira entiende que de modo básico la realidad social debe estar contenida en normas coetáneas, o posteriores de próxima vigencia, a la que es objeto de interpretación sociológica. Reflejando la *occasio legis*, juzga relevante atender a las exposiciones de motivos, los preámbulos, los considerandos que preceden a los reglamentos y a las directivas de la Unión Europea. Ello sin desestimar la jurisprudencia en cuanto complemento de las normas y atribuyendo también cierto valor a los materiales prelegislativos -proyectos, anteproyectos, dictámenes, etc.-.

Y en lo que atañe a sus consecuencias, ¿hasta dónde puede llegar el empleo del canon sociológico? El autor justifica que el recurso a la realidad social puede dar lugar a una interpretación restrictiva, extensiva e incluso correctora de la literalidad de la ley, pero siempre en el ámbito de su espíritu y finalidad. La *ratio legis* constituye así la frontera de la actividad interpretativa de manera que solo podría ser sobrepasada por el propio legislador. Más allá se hace necesario recurrir a una reforma legal.

Por razón de todo lo expuesto, la interpretación sociológica supone para el autor la actualización de una norma en el ámbito de su *ratio legis* a la vista de otras normas coetáneas o posteriores, vigentes o de próxima vigencia.

En resumen: el lector podrá encontrar en la monografía del profesor Cerdeira Bravo de Mansilla un análisis profundo, riguroso y exhaustivo de los problemas centrales vinculados al método histórico-evolutivo y al canon sociológico secuela del mismo, complementado con la consideración, en su caso crítica, de resoluciones judiciales que lo han aplicado.

Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho civil
Universidad de A Coruña

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés/TORIBIOS FUENTES, Fernando:
La prescripción extintiva en el Derecho de obligaciones, La Ley,
Madrid, 2024, 1095 pp.

Suele ser prejuicio de colegas de disciplinas jurídicas ajenas al Derecho civil y poco familiarizados con la práctica la peculiar idea de que la exposición de las materias civiles, más allá de bruscos y abruptos cambios provocados por reformas legislativas, se mantiene inalterada a lo largo del tiempo. Algo así como si el Derecho civil representase un cierto cuerpo pétreo, de considerable importancia sí, pero solidificado y cristalizado por efecto del tiempo. *Eppur si muove...* lenta, imperceptible, pero permanentemente. Y sólo el jurista que no entienda que el Derecho tiene vida propia más allá de las adustas páginas del BOE podrá negar tal realidad.

El libro objeto de esta recensión es, a mi parecer, ejemplo perfecto de este fenómeno que describo y que tanto ha de sorprender al legista-positivista. De los cuarenta y seis artículos que nuestro Código civil dedica a la prescripción, en sus dos modalidades, sólo uno, el 1964, ha sido objeto de reforma, y no excesivamente desmesurada -si se tiene en cuenta la tendencia «performativa» de las materias que toca el legislador español-. Y sin embargo, mante-

niendo las esencias de la institución, mucho es lo que ha cambiado la prescripción entre el momento de la publicación del Código y el momento actual. Si alguien lo niega y sigue aferrado a que Derecho es sólo la ley, bastará invitarle a que lea primero, o al menos hojee, aquella magnífica obra en mano común que sobre la prescripción extintiva publicaron en 1918 Alas, de Buen y Ramos, y la compare luego con esta otra recién publicada ahora. Pasados ya más de cien años, no ha variado la calidad de los autores y ni siquiera buena parte de las estructuras básicas que reflejan los índices de las dos obras; pero se ha modificado casi por entero, y a la vez sin rupturas, la configuración de la materia.

Entrando ya en el voluminoso libro objeto de recensión, la prescripción extintiva en Derecho de obligaciones, hay que decir que supone una completa «puesta al día» de la institución objeto de estudio, incluso más allá del aparente límite marcado por la materia obligacional. La obra se caracteriza por el logrado equilibrio entre el carácter doctrinal y práctico, como corresponde a la coautoría entre un destacado catedrático de Derecho civil y un jurista práctico que a la vez cultiva la faceta académica. Se logra así que la prescripción, institución civil que proyecta su alargada sombra en el Derecho procesal, sea comprendida en esas dos facetas, sin menoscabo de ninguna. El jurista teórico que lea el libro encontrará un sinfín de cuestiones doctrinales discutibles y discutidas –y ninguna orillada–. El jurista práctico que acuda a ella encontrará respuesta, y basada en la jurisprudencia, a las numerosísimas cuestiones que la prescripción extintiva suscita ante los tribunales.

El libro está bien estructurado sin necesidad de recurrir al acotamiento en partes como elemento divisivo superior al capítulo. Los tres primeros de éstos son introductorios, y marcan ya la calidad pero también la óptica del libro. Se analizan respectivamente la influencia del tiempo en las relaciones jurídicas, la distinción entre la prescripción y otras instituciones afines y la perspectiva que sobre la prescripción ofrecen los textos armonizadores internacionales y europeos. En esos capítulos se abordan materias como el fundamento de la prescripción, la distinción entre prescripción y caducidad o las modernas tendencias doctrinales que laten en los textos armonizadores. Pero estas cuestiones, sin duda de mucho calado doctrinal, y que se extienden hasta casi la página 300 de la obra, sirven de hilo para tratar otros muchos temas de enorme relevancia práctica, pues se diseccionan asuntos como el modo concreto de contar los plazos en supuestos discutidos, la distinción de la prescripción con instituciones procesales que solemos omitir los civilistas –preclusión procesal, caducidad de la acción ejecutiva, caducidad de la instancia–, o las líneas de fondo que afloran de los textos armonizadores y que explican en cierto modo la evolución del sistema.

Con el capítulo cuarto, dedicado ya al inicio del plazo de prescripción, comienzan los autores en realidad la disección de la figura de la prescripción que va a operar el libro. Es quizás el capítulo más sometido a tensiones doctrinales en los últimos años. Los autores hacen gala en él de una extremada *prudentia iuris*, huyendo de tentadoras novedades doctrinales y demostrando una especial capacidad de percibir el futuro devenir de los acontecimientos e intentar su reconducción. Así, en cuanto a lo primero, aunque se da cumplida noticia del amplio movimiento doctrinal que promueve una interpretación subjetiva del comienzo de plazo de prescripción, los autores no se dejan arrastrar por el peso de dicha corriente, sino que se mantienen firmes en el necesario respeto al texto del Código, claramente marcado por la tesis objetiva –y a pesar de que la reducción del plazo general de prescripción a cinco

años le haya dotado de cierto rigorismo—. En cuanto a lo segundo, hay que aplaudir y valorar que un libro impreso en paralelo con la publicación de las conocidas Sentencias del TJUE de 25 de abril de 2024 (asuntos C-484/21 y C-561/21) haya sabido ya prever lo que quizás se veía venir —los autores demuestran conocer los pronunciamientos previos e incluso tuvieron tiempo de contemplar la STJUE de 25 de enero de 2024, asuntos acumulados C-810/21 y C-813/21, ya claramente indicaria—, anticipando esa doctrina sin quedar desfasado por ella. El buen hacer de Domínguez Luelmo y Toribios Fuentes se muestra en su capacidad de proponer incluso una solución al problema, apostando por limitar al ámbito del Derecho de consumo la solución subjetivista preconizada por esas Sentencias, sin propiciar una reinterpretación o relectura *contra legem* de las normas del Código. Vienen así a coincidir con lo que otros autores han propuesto (Cañizares Laso, Sanjuán y Muñoz), y a distanciarse de la opinión de quienes parecen querer aprovechar ese posicionamiento netamente subjetivo del TJUE para provocar una voladura incontrolada del sistema...

Los capítulos cinco a diez se ocupan de las diversas formas de interrupción de la prescripción y de su posible suspensión. El capítulo quinto, sobre la interrupción judicial, es de los más extensos del libro y resulta absolutamente pormenorizado en el tratamiento de qué demanda en realidad tiene efecto interruptivo. Quien tenga una dedicación académica al Derecho civil —forma quizás elusiva de aludir a mi propia situación e impresión— quedará sorprendido de la cantidad de cuestiones a que da lugar la aparentemente inocua expresión que el artículo 1973 dedica a la interrupción de la prescripción mediante ejercicio ante los tribunales. El capítulo va desgranando los requisitos de la demanda interruptiva, las singularidades de esa forma de interrupción en el ámbito mercantil, con su propio desarrollo jurisprudencial, la eficacia de la demanda en función de sus diferentes resultados, y la posible equiparación de efectos que cabe predicar de otros trámites procesales, tales como el acto de conciliación, la solicitud de medidas cautelares o el inicio de mediación o arbitraje, por citar algunos. El capítulo sexto versa el efecto interruptivo de la declaración de concurso —rechazando, con buen criterio, el efecto meramente suspensivo que algunos quieren atribuirle—, extendiendo el tratamiento a la situación de fiadores solidarios, fiadores y avalistas. El séptimo y el octavo, por su parte, se ocupan respectivamente de ese peculiar modo de interrupción de la prescripción que es la reclamación extrajudicial, desconocida en el Derecho comparado, y de la producida por reconocimiento del deudor. Cierran ese grupo de capítulos dos, el noveno y el décimo, dedicados a la suspensión de la prescripción y a los posibles plazos máximos de prescripción. Quizás al hilo de ambos, y en particular del primero de ellos, el lector caerá en la cuenta de algo que se percibe a lo largo de toda la obra, pero en esos capítulo en particular: Domínguez Luelmo y Toribios Fuentes no esconden su simpatía por la posible admisión de una suspensión de la prescripción; pero su honradez intelectual se sobrepone a sus propias inclinaciones, y no dudan en reconocer —*amicus Plato, sed magis amica veritas*— que el Código rechaza la figura que muchos, de un modo u otro, han tratado de coherenciar con el texto legal. Y algo de ello se percibe también respecto al plazo máximo.

Los capítulos once a trece vuelven a constituir una cierta unidad, articulados en torno a la relación entre la prescripción extintiva y tres instituciones bien conocidas del Derecho civil: la pluralidad de sujetos en la relación obligatoria, la fianza y la compensación. Dentro de los tres, me permitiré desta-

car en particular el primero, por su extensión y la importancia de las cuestiones que trata: el lector que la busque encontrará una detallada exposición de los orígenes doctrinales y jurisprudenciales de la solidaridad impropia –marcada por la STS de 14 de marzo de 2003–, y de su eficacia en la interrupción de la prescripción; lo mismo que disfrutará con la clara exposición de una materia tan compleja como el régimen de solidaridad en la Ley de ordenación de la edificación, que tan copiosa jurisprudencia ha provocado.

Los capítulos catorce y quince tratan de dos cuestiones que se agrupan por la eficacia de la voluntad del deudor en el juego de la prescripción: la renuncia a la prescripción extintiva y los posibles pactos sobre prescripción. Se desmembran así dos materias que a veces tienden a confundirse, como bien destacan los autores, que evitan caer en la trampa de negar la posibilidad de alargar los plazos de prescripción por suponer que ello equivalga a la renuncia *a priori* a la prescripción futura – vedada por el artículo 1935 del Código–. Y se analiza el negocio de renuncia en detalle y sus requisitos de capacidad.

Los capítulos diecisésis a dieciocho, últimos, tratan ya de cuestiones más particulares. De la regla «*contra non valentem agere non currit praesciptio*» –verdadera y limitada, muestra de una interpretación subjetiva del plazo de prescripción que ahora parece querer desbordarse por todo el Derecho civil– y su rechazo expreso en los artículos 1932 y 1934 del Código. De las normas de Derecho transitorio en relación con la prescripción –incluyendo la suspensión de los plazos de prescripción propiciada por la normativa del Covid–. Y por último, en un extensísimo capítulo dieciocho, el más extenso del libro, de las reglas de la prescripción en supuestos especiales: prescripción de prestaciones periódicas, de obligaciones de pago habitualmente inmediatas, de las acciones restitutorias consecuencias de nulidad y anulabilidad, de las resolutorias y rescisorias, de petición de herencia, de reducción de donaciones, de la acción hipotecaria y aún de otras cuya cita ya omito.

El libro es exhaustivo, y hay que felicitar a los autores por el trabajo realizado. Libros como estos no son por desgracia usuales. El manejo de fuentes y bibliografía es enorme, y la jurisprudencia sobre cada materia minuciosa y completa, incluyendo numerosísimas resoluciones de las Audiencias provinciales y Sentencias del TJUE. Ya se ha hablado de la calidad doctrinal de la obra. Lógicamente, habrá cuestiones menores en que este o aquel lector disienta: por mi parte, reconozco que si en otras ocasiones suelo señalar mis posibles divergencias respecto a las opiniones defendidas en las obras reseñadas, así sea ejercicio de cierta vanidad, esta vez me siento inclinado a renunciar a ello, convencido que más sonaría a pedantería o velada envidia ante la obra acabada que a otra cosa. Pero quizás no me ahorraré en cambio una peculiar crítica, justa y objetiva. Al título del libro, y a esa peculiar referencia al Derecho de obligaciones. Pues como habrá observado el que simplemente haya leído esta recensión, y en particular el elenco de cuestiones tratadas en el último capítulo –acción de petición de herencia, hipotecaria, de reducción de donaciones...– sólo la elegancia y sobriedad de los autores, pareja probablemente a su tierra castellana, puede explicar que se quiera restringir al Derecho de obligaciones una obra que rebasa con amplitud sus fronteras.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

ZIMMERMANN, Reinhard, *Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio* (ALBORS SANCHO, Ana [traductora], ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo [editores]), Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 231 pp.

Este libro es una joya comparatista, resulta de imprescindible lectura y aparece en un momento muy oportuno. Defenderé las tres afirmaciones. La *auctoritas* del prof. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, con 11 doctorados *honoris causa* repartidos por todo el mundo y la dirección del Instituto Max-Plank de Derecho privado comparado e internacional de Hamburgo durante los últimos 20 años (hasta 2022), está fuera de toda duda en el ámbito del Derecho de sucesiones, del Derecho de obligaciones y del Derecho privado europeo, a partir de una refinada y característica metodología histórica y comparatista. En relación con el ámbito del libro en análisis, lidera desde hace 15 años un grupo de estudio sobre «*Comparative Succession Law*» que reúne a algunos de los más destacados especialistas mundiales en la materia y que ha publicado (bajo su coordinación y la de los profs. K. Reid y M. de Waal, más el Dr. J. P. Schmidt en el último tomo) cuatro valiosos volúmenes en la *Oxford University Press* sobre *Testamentary formalities* (2011), *Intestate Succession* (2015), *Mandatory Family Protection* (2020) y *Administration of Estates* (2025).

No creo revelar un secreto de estado, sino más bien hacer justicia a la metodología que produce resultados como estos, rigurosos, pero de fascinante y amena lectura, si reproduzco una instrucción central dirigida a los académicos encargados de las ponencias nacionales de estos libros, incluido el tercero, dedicado a las legítimas y las *family provisions*, que entronca directamente con libro del prof. Zimmermann que ahora aparece en las librerías españolas; en la nota editorial con que se da dirección interna a estos volúmenes se lee (énfasis en cursiva en el original): «Así pues, habrá una mezcla de exposición general y análisis detallado. *Lo que debe evitarse es una exposición insípida y superficial del Derecho, como la que a veces se encuentra en los manuales o un informe nacional tedioso y rutinario* [«*dreary and perfunctory*»]. Por el contrario, el capítulo debe ser un trabajo de erudición original que contribuya tanto al Derecho comparado como al Derecho de las jurisdicciones estudiadas». La consigna da idea de la ambición y orientación de estos trabajos, incluidos, claro está, los del propio autor, quien, apoyado en un uso directo y contrastado de las fuentes normativas y jurisprudenciales de cerca de una veintena de sistemas jurídicos tanto de *Civil law* como de *Common law* y mixtos y el empleo de la mejor doctrina comparatista de otros ordenamientos más alejados de su ámbito directo de especialización (China, Rusia, países post-socialistas y nórdicos, por ejemplo) nos ofrece, ahora en traducción española, el regalo de este tomo, no extenso, pero particularmente repleto de información, certeras comparaciones y agrupaciones, sintéticas recapitulaciones e incluso una meditada propuesta de transformación de los sistemas legitimarios de cuotas por un nuevo mecanismo de alimentos *post mortem* con cargo a la herencia solo en caso de necesidad de algunos familiares, que se basa en los análisis comparados previos, pero que no supone un trasplante sin más de la solución de las *family provisions* del mundo anglosajón. En definitiva, como queda dicho, una joya comparatista. Y el regalo es mayor al quedar la pieza pulida con tesón y esmero por la traductora y repasada hasta en sus últimos detalles con pulcritud y generosidad por los dos editores que ofrecen así al público de habla hispana unos materiales que ya

están teniendo gran impacto en otras latitudes y a partir de los cuales se ha iniciado también un encendido debate de potencial reforma en Alemania².

Por todo ello, este libro es imprescindible para cualquier estudioso del Derecho de sucesiones, al abordar el tema nuclear de la libertad de testar y sus márgenes, confrontado con la protección legal imperativa de ciertos familiares, protección que limita dicha libertad de una manera u otra en absolutamente todos los ordenamientos jurídicos estudiados (Derecho romano, Derecho oriental y occidental, socialista o capitalista). El imperativo ético de la responsabilidad por los familiares más cercanos (cuidar de «los suyos», *die Seinen*, San Pablo a Timoteo, *Tim.* 5.8, en cita usada por el propio Zimmermann) hace que «en todas partes se plantea la tarea de encontrar un equilibrio entre la idea de autonomía del testador (...) y la exigencia de la solidaridad familiar» (p. 24). También es un trabajo, entiendo, de obligada lectura para cualquier buen comparatista y, de particular provecho, para aquellos investigadores más incipientes que deseen contar con un modelo sobre cómo acometer un estudio jurídico que aplique con corrección y fruto el método de la comparación jurídica.

Y, como antes decía, su publicación ahora es manifiestamente tempestiva y útil: la Comisión General de Codificación se encuentra en la actualidad trabajando en los dos borradores articulados de posible reforma del Código civil, uno con propuestas de reforma de la legítima y otro con supresión de la legítima e instauración de un derecho de alimentos a cargo de la herencia, ambos en estado muy avanzado a finales de 2024, en cumplimiento de Orden del Ministerio de Justicia de 4 de febrero de 2019 de presentar ambas propuestas tras el «estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar». Las informaciones y propuestas de esta monografía encierran, sin duda, un material precioso para contrastar las soluciones que se están pergeñando.

¿Cuál es el contenido concreto de este libro? El libro ensambla –con una coherencia y concordancia que, a la postre, sorprende en su unidad final por contener apenas reiteraciones y cubrir todo el espectro comparatista como si hubiese sido pensado como libro desde el inicio– tres trabajos publicados recientemente por el prof. Zimmerman en alemán en dos de las revistas de referencia de Alemania: «*Las legítimas en una perspectiva histórico-comparada*» (cap. 1 del libro, pp. 25-101, antes en *RabelsZ [Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht]*, 84, 2020, pp. 465-547), «*Protección imperativa a los familiares en el Derecho sucesorio. Líneas de desarrollo más allá de las codificaciones de la Europa Occidental*» (cap. 2 del libro, pp. 107-178, antes en *RabelsZ*, 85, 2021, pp. 1-75) y «*La protección de los familiares en caso de desheredación*» (cap. 3, pp. 183-231, el título acaso menos expresivo de su auténtico y provocativo contenido –pues no se ciñe a la desheredación–, que es su propuesta de un nuevo sistema basado en la obligación de alimentos, con la pregunta, que «pretende reavivar el debate jurídico-político sobre las legítimas» [p. 181] de por qué el § 1615

² *Vid.* el editorial de OTTE, Gerhard, «Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht? Eine Einladung zur Discussion», *Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis (ErbR)*, 2, 2023, p. 89; la réplica de Zimmerman, R., Bauer, Franz, et al., «Unterhalt statt Pflichtteil - eine Erwiderung auf Gerhard Otte», *ErbR*, 6, 2023, pp. 428-431; la contestación de G. Otte en la *Zachariae-Vorlesung* de la Universidad de Heidelberg en enero de 2024 (OTTE, Gerhard, *Unterhalt statt Pflichtteil?*, Heidelberg, 2024, pp. 11-39); y la ponencia del propio R. Zimmerman («Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtspolitik: Grundscheidungen im Recht der Erbfolge des BGB – eine Neubewertung») en el *Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung*, Heidelberg, 15-17 septiembre 2024, con el debate subsiguiente.

BGB ordena que las pensiones alimenticias se extingan con el fallecimiento del alimentante y el análisis, muy crítico, de la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) de 19 de abril de 2005 que declaró constitucionalmente protegidas las legítimas de los descendientes; esta publicación apareció con el título completo de «So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget, ... (Zum Schutz der Angehörigen bei Erbteilung)», *AcP [Archiv für die civilistische Praxis]*, 222, 2022, pp. 3-55, esto es, con la cita bíblica: «El que no provee para los suyos y, sobre todo, para los de su propia casa... Sobre la protección de los familiares ante la desheredación».

El prof. Zimmermann fue incluso un paso más allá, ante algunas críticas relativas a la necesidad de concretar más sus soluciones (válidas no solo para Alemania sino para otros sistemas legitimarios con tradiciones hasta cierto punto comunes que se remontan al Derecho romano), de modo que, con un equipo de ocho colaboradores³, elaboró y publicó en forma de monografía un texto articulado comentado con propuesta de reforma del Código civil alemán, bajo el título *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht. Ein Reformvorschlag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022. Aunque hubiera sido estupendo que también este texto estuviese a disposición de los hispanohablantes en el volumen ahora en recensión, a la vista de su minucioso contenido estoy plenamente de acuerdo con la decisión editorial y las razones que ofrecen los profesores Espejo Lerdo de Tejada y Murga Fernández en su condición de editores cuando afirman que esa última investigación «al lector español le puede resultar en exceso especializada por afectar exclusivamente a un sistema extranjero no especialmente próximo al nuestro en sus soluciones y en sus presupuestos; por el contrario, en lo que se refiere a los argumentos y los datos, no le aportará mucho más de lo que ya puede conocer a través de los trabajos que se publican a continuación en nuestra lengua».

Sobre la traducción y la labor de los editores, la comunidad científica en lengua castellana está en deuda con ellos, por su iniciativa y probidad. Pese a la dificultad de trasladar algunos conceptos genuinos de Derecho alemán desde la lengua original (como ocurre con *Plichtteil* o *Noterbe*, que sólo con imprecisión y perdiendo matices de un Derecho a otro encajan con «legítima» [«cuota obligatoria»] y con «heredero necesario» o con legítima de crédito y legítima *in natura*, y por ello se adopta y explica una solución de compromiso), la traducción es precisa y no desfallece a lo largo de todas las páginas (con pequeños matices discutibles y muy menores como «herederos domésticos» por *sui heredes* [p. 26], «antepasados» por ascendentes [p. 37], posibles desarreglos terminológicos entre herederos «legítimos» y «forzados» [pp. 45 y 48], «convivientes que viven en una relación matrimonial» [p. 117], y un breve y totalmente obvio etcétera). Adicionalmente, la traductora tiene la deferencia de preservar *verbatim* las bastantes citas que el autor incluye en el original alemán en inglés, pero acompañadas de una traducción al castellano entre paréntesis. Los directores han realizado una minuciosa labor de concordancia de todas las notas al pie de página entre sí, con referencias internas precisas que, obviamente, no estaban en los tres artículos en su publicación inicial. La obra en su conjunto carece prácticamente de reiteraciones que lastren la lectura (si acaso, el inicio del capítulo tercero,

³ El elenco es el siguiente: Reinhard Zimmermann, Franz Bauer, Martin Bialuch, Andreas Humm, Lisa-Kristin Klapdor, Ben Köhler, Jan Peter Schmidt, Philipp Scholz y Denise Wiedemann.

donde vuelven a aflorar ideas ya abordadas antes, que pueden verse como un recuento, y el gráfico símil de Dekkers *et al.* por el que se compara el derecho a la pensión alimenticia «con un misil láser dirigido con precisión, mientras que una legítima fija o sin herederos funciona como un cañón sin dirección», en p. 70, n. 297 y reiterada en p. 199, n. 112 aunque matiza Zimmerman que el tropo, de su gusto, es algo impreciso, al ser la legítima «un cañón firmemente dirigido a un punto, pero destinado a dar en un blanco móvil»). De la honradez científica de los editores da cuenta que, como se trasluce a las claras en la medida nota de presentación, pese a no estar convencidos de la bondad de la propuesta del sistema de alimentos en lugar de la legítima como solución idónea para el Derecho español (por «la escasa seguridad aplicativa que ofrecen nuestras normas relativas a los deberes de alimentos», porque es «probable que con un sistema de alimentos incurriéramos en los defectos de los sistemas anglosajones de protección familiar» y por «la excelente factura de nuestro sistema legitimario, alabado con razón en esta obra por la flexibilidad que aporta, bastante notable dentro de los modelos comparados», con la institución de la mejora a la cabeza y otros mecanismos como el pago en metálico de las legítimas, la fiducia sucesoria del art. 831 Cc., etc.), pese a esa lícita discrepancia, aportan al debate público, y precisamente en este momento crucial, esta investigación tan señaera como decantada hacia una concreta solución.

Entiendo que con las líneas que preceden la obra ha quedado presentada y recomendada su lectura y aquí podría acabar esta recensión. Pero así como renuncio a realizar un resumen de su rico contenido, no rehúso a rescatar sintéticamente algunos aspectos de otros sistemas jurídicos que pueden resultar novedosos para un público especializado pero acaso desconocedor de los matices de tantas legislaciones; en especial porque algunas de estas perlas, dignas de consideración, están agazapadas en eruditas y jugosas notas al pie de página y también porque es el tiempo idóneo para pensar bien la dirección de las futuras modificaciones de nuestro Código civil a partir de aportaciones foráneas, las cuales no deben quedar confinadas solo a la letra de la ley o a simples taxonomías y clasificaciones, sino al Derecho realmente vivido, con sus aciertos y con sus disfunciones, que estas páginas revelan.

Naturalmente, el prof. Zimmerman da cuenta de las tendencias flexibilizadoras de la legítima (o mecanismos funcionalmente equivalentes) en el recorrido que hace, para comenzar, de los principales sistemas jurídicos europeos (capítulo 1): primero enfocados desde una perspectiva histórica y después glosando la situación jurídica actual, incluidas las últimas reformas (salvo, por fecha de redacción, las de Bélgica y Suiza), con un orden y agrupación histórica y lógica adecuadas: Roma y el Derecho común, Austria, Francia (y después, dentro del área de influencia inicial del modelo francés, Bélgica, Países Bajos, Italia, Portugal, España, Suiza y Grecia), Inglaterra y Alemania, pero con una reorganización justificada al describir el estado actual normativo, en que se concede (tanto en la situación del siglo XIX, como en el XXI) una posición singularizada, destacada y minuciosamente tratada al Derecho español, incluido el autonómico («El caso especial de España», reza en las pp. 53-57 el subepígrafe 3 ubicado dentro del apartado «VII. La difusión del modelo francés» y después se desglosa en las pp. 86-90 la actualidad plurilegislativa española, con especial atención al Derecho catalán). Acto seguido aborda (capítulo 2) el régimen vigente en otros Estados, más allá de las codificaciones de Europa Occidental y así, analiza los Estados postsocialistas de Europa Central y Oriental (Polonia y Hungría con más

detalle y referencias otros Estados como Bulgaria, Rumanía, los países Bálticos, la República Checa, Serbia, etc., pero también la Federación Rusa o la República Popular China), los cuatro Estados nórdicos, las codificaciones en América, con división entre la legítima en los países de Sudamérica, la amplia libertad de testar compensada con un derecho a pensión alimenticia en Centroamérica y México y los sistemas jurídicos mixtos de América del Norte (Luisiana y Quebec), así como los sistemas que acogen las flexibles pero poco predecibles *family provisions* adoptadas en sede judicial en el entorno del *Common Law* (comenzando por su origen en Nueva Zelanda, y siguiendo con Australia, la Canadá anglófona e Inglaterra), para concluir con los casos especiales de esta última familia jurídica en que hay algún tipo cuota fija (Escocia, Irlanda), lo cual ocurre incluso parcialmente en el sistema paradigmático de libertad de testar con posibilidad de exclusión total de los hijos, Estados Unidos (donde el cónyuge supérstite sí goza de algunos mecanismos imperativos de protección en la mayoría de los Estados).

El elenco es, por tanto, formidable y la colación de materiales actualizados de sistemas poco conocidos en el ámbito cultural español arroja una luz inédita en los estudios de Derecho sucesorio comparado en nuestra lengua. Como se decía, sin que sea propiamente el hilo conductor de su discurso, el autor pasa por las tendencias flexibilizadoras de la legítima y sus equivalentes en los diversos sistemas: la usual reducción de las personas protegidas imperativamente, la reducción de las cuotas que les corresponden, la ampliación de las causas que permiten privar de esos derechos sucesorios, la (poco usual) reconversión de la cuota legitimaria en una reclamación de alimentos *post mortem* (Centroamérica y México) o la proliferación de la legítima de crédito (que debilita la posición de los familiares, privados así del «*honos institutionis*»: «pero, ¿qué ‘honor’ habría en poder actuar como heredero de un testador que no ha querido nombrarte heredero?», p. 93). También hay temas del máximo interés actual que recorren transversalmente las explicaciones, como la interrelación entre el diseño de los regímenes económicos matrimoniales y la protección sucesoria del cónyuge supérstite o el margen de libertad concedido en cada ordenamiento a los cuidadores del causante en sus últimos años.

Pero retomemos la tarea de entresacar (una selección con arbitrio *boni viri* y cierto capricho de viajero curioso, si se me permite) algunas pocas ideas de sistemas nacionales puestos en perspectiva comparada. Y, para ello, nada mejor que comenzar por algunas afirmaciones del prof. Zimmermann sobre Derecho español, cimentadas en esa atalaya que da haber contemplado antes numerosos territorios jurídicos en detalle. Así, leemos que «el Código civil español contiene más causas de indignidad sucesoria que cualquier otra codificación de Europa occidental» (n. 208, p. 57) o que «el derecho de reversión del art. 812 del Código civil tiene su origen en el derecho francés» (p. 57), pero que en este se derogó en 1972, aunque la reforma del Derecho sucesorio francés de 2006 reintrodujo un *droit de retour* a favor de los ascendientes en el art. 738-2 del *Code civil* (n. 207, *idem*). También proclama el autor sin ambages su admiración por la flexible y original solución que proporciona la «mejora» del Código civil español; por ejemplo, cuando aborda en clave comparada la cuestión de diseñar legalmente una participación real en la herencia o un derecho de crédito contra la herencia y refiere cómo la hegemonía política y cultural de Francia en el XIX hizo que el modelo del *Code* estuviera «de desfile triunfal en Europea» también en cuanto a la configuración real de la legítima, anota que «es cierto que el derecho español

sigue su propia tradición, como puede verse en muchos puntos (¡mejora!); o asimismo cuando expone la «legítima colectiva» en Aragón y País Vasco, la cual «básicamente, se trata de una realización especialmente amplia de la idea de la *mejora*» (p. 88; cfr. también p. 189). Expresa incluso con más facundia su querencia por la figura en el capítulo final de «perspectivas comparadas» con que los editores (Reid/de Waal/Zimmermann) cierran el tomo III del Derecho sucesorio comparado, *Mandatory Family Protection* (OUP, 2020, pp. 767-768): tras explicar «la venerable institución española de la mejora» como vía de flexibilización con larga tradición genuina, afirman: «El resultado es una elegante transacción [*an elegant compromise*]: por una parte, se potencia la libertad de testar y, por otra parte, la cuantía global de la protección familiar sigue siendo la misma».

Desde mi punto de vista, en las propuestas de la Comisión General de Codificación que opten por mantener la legítima, incluso con reducción de cuota, sería un grave error eliminar la mejora, pudiendo pensarse en cambio reformulaciones o variaciones, bien con alteración consecuente de su cuantía o bien como legítima colectiva. Se ha demostrado su utilidad centenaria y plenamente vigente sin especiales problemas, por lo que no se ve razón para dilapidar ese capital institucional y es una solución que se permite también, con otras peculiaridades y siempre con pujanza, en países de Latinoamérica (como Chile, Colombia y Ecuador), que se ha introducido en Argentina en 2014 y cuya incorporación se baraja en Suiza (que cuenta con algunos precedentes), con el favor de la doctrina.

Continuando con nuestros países vecinos, Portugal presenta algunas peculiaridades respecto al Código civil español: el derecho hereditario de los ascendientes se ha debilitado respecto a la redacción primigenia, el cónyuge supérstite se ha convertido en un heredero forzoso más (uno de los *herdeiros legitimários*), aunque tiene adicionalmente derecho a reclamar una pensión alimenticia contra la herencia, además de su derecho a la legítima (art. 2018 CC) y lo mismo se aplica a los convivientes no matrimoniales si la convivencia duró más de dos años (art. 2020 CC) (n. 253, p. 65). El testador puede dejar a sus legitimarios un legado «*em substituição da legítima*» (art. 2165 CC), pero estos tienen derecho a rechazar el legado y exigir la cuota legitimaria, lo que refuerza la idea de que se trata de auténticos «herederos forzosos» (p. 66). Como en Italia y Francia, la cuota legitimaria se gradúa en función del número de hijos. En cuanto a las reformas del *Code civil* francés acaecidas en el ámbito sucesorio en 2001 y 2006, se encuentran bien estudiadas por académicos y profesionales españoles, por lo que el análisis de las nuevas definiciones de *réservé héréditaire* y *quotité disponible* (art. 912), la introducción del mandato póstumo, el mero derecho de indemnización en metálico de los legitimarios perjudicados con reducción *in natura* solo excepcional –es decir, el cambio hacia una legítima crediticia en línea con el sistema austriaco o alemán–, la supresión de la legítima de los ascendientes en 2016 (con reintroducción del derecho de reversión de donaciones a su favor) o la nueva posición legitimaria del cónyuge (1/4 sólo si no hay descendientes, con lo que es de peor condición legal el supérstite con hijos que el casado sin hijos), modulada con la novedosa *quotité disponible spéciale* que favorece la posibilidad de que el testador voluntariamente le deje, concurriendo con hijos, bien la parte de libre disposición, bien un cuarto en propiedad, bien 3/4 en usufructo o bien el usufructo universal, no constituyen sorpresa para el operador jurídico español, pero son recordatorios valiosos para una potencial reforma

aquí. Por cierto: en Francia el cónyuge también tiene un derecho de pensión alimenticia contra la herencia en caso de indigencia (art. 767 CC).

La ley de sucesiones belga de 2018 (téngase presente que el nuevo Código civil belga se publicó el 14 de marzo de 2022, después de los originales que nutren este libro, igual que ocurre con los Códigos de Suiza y China) también introdujo un derecho de alimentos contra la herencia para el cónyuge, así como para los ascendientes (dado que estos últimos han quedado excluidos por ley como legitimarios), amén de seguir la senda de la legítima de crédito. De los Países Bajos y su aproximación al sistema alemán desde la reforma de 2003 cabe destacar, dejando aparte la supresión de la legítima de los ascendientes (ya en 1996), los derechos legales temporales del cónyuge sobreviviente sobre la vivienda que ocupaba (y el ajuar) sólo en caso de necesidad. En cuanto a Suiza (ya antes del citado nuevo Código, vigente a uno de enero de 2023), los hermanos han dejado de ser legitimarios, lo cual era una rareza comparatista, y la pareja de hecho cuenta con un «derecho de apoyo» (de carácter alimenticio y en forma de pensión, solo en caso de penuria y a cargo de los herederos, en tensión con el sistema de cuotas legitimarias); según la doctrina mayoritaria, adoptada por el Tribunal Supremo Federal, los legitimarios se consideran inicialmente sólo «herederos virtuales», al adquirir la condición de herederos, con carácter retroactivo, solo con una sentencia positiva de reducción (p. 75).

Sin duda, el sistema austriaco (pp. 76-82), por diversos mecanismos imaginativos e inexistentes en el Derecho español, resulta uno de los de observación más sugerente. Apréciese: el nuevo legado legal para personas «cercanas al fallecido» que lo hayan cuidado «durante al menos seis meses en una medida no insignificante» en los últimos tres años antes de su muerte (§ 677 ss. ABGB); la causa de «reducción de la legítima» –distinta de la auténtica desheredación por infiligr «graves sufrimientos mentales de forma reprobable», también contemplada en los §§ 541.2 y 770.4 ABGB–, por la cual el testador puede reducir la legítima a la mitad si él y el beneficiario no tuvieron en ningún momento o en un período largo antes de fallecer una «relación estrecha como la que suele existir entre esos familiares» (§ 776 ABGB); la ausencia de legítima para los convivientes *more uxorio*, a los que, en cambio, sí se concede un nuevo legado legal, limitado a un año, sobre la vivienda y el ajuar doméstico (§ 745.2 ABGB); la novación especial de la pensión alimenticia, ordenada *ex lege* a cargo de la herencia, en caso de fallecimiento del alimentante obligado (§§ 233 y 757) o la pensión alimenticia mínima e imperativa a favor del indigno o el desheredado en caso de indigencia (§ 777); el legitimario solo puede hacer valer su derecho un año después del fallecimiento del testador (§ 765.2); el aplazamiento de su pago es posible, pero en beneficio del legitimario, el legislador ha introducido un interés del 4% durante la fase de aplazamiento (§ 778); etc (no pasar por alto, por favor, la lectura de la sazonada nota 351, p. 78).

Obviamente, el prof. Zimmermann hace una síntesis acabada del sistema legitimario alemán, puesto en contraste con el Derecho austriaco, tan reformado en 2015/2017: «comparativamente modestos son los retoques que el legislador alemán ha hecho al derecho a la legítima desde la entrada en vigor del BGB». Cabe destacar su análisis y crítica enconada del «acontecimiento más decisivo para el desarrollo del derecho a la legítima en Alemania», que no fue una reforma legal, sino la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 19 de abril de 2005 (p. 85 y, sobre todo, pp. 222-227, *infra*).

De los Estados post-socialistas cabe destacar que en varios de ellos la protección sucesoria obligatoria de la familia está estructurada según la necesidad, siguiendo el modelo de la Federación rusa, donde los hijos del testador solo tienen derechos si son menores o están incapacitados y todos los demás familiares cercanos sólo están protegidos si están incapacitados (en esta línea, por ejemplo, Ucrania, Bielorrusia, Estonia o Lituania, p. 111). En Polonia se prevé una cuota mayor para las personas que no puedan mantenerse a sí mismas (y los abuelos, que carecen de derecho legitimario, pueden recibir una pensión alimenticia si su nivel de vida está por debajo del umbral de la pobreza); en Hungría, cuyo Código civil de 2013 se encuentra fuertemente influido por el modelo austriaco en relación con la legítima, tanto el cónyuge como la pareja de hecho registrada tienen derecho al usufructo de su legítima, en cuantía limitada a la garantía de sus necesidades en función de los bienes de la herencia. También en China predomina el modelo basado en la necesidad del incapacitado sin medios de subsistencia, si bien se encienda a los tribunales fijar discrecionalmente lo «necesario» para el familiar en cuestión.

En los países nórdicos, Finlandia liga parcialmente con ese tipo de orientación, al conceder pensión alimenticia en varias situaciones para el cónyuge y los hijos y permitir al fallecido privar a sus descendientes de la legítima. En Suecia, curiosamente, si el testador ha designado a su cónyuge como único heredero, los hijos comunes solo pueden reclamar su parte tras el fallecimiento del cónyuge supérstite, lo que replica del modelo de la sucesión legal, en la cual el supérstite es el único heredero y los descendientes solo heredan después (n. 89, p. 119). El *pliktdel* noruego es descrito con detalle, dado su carácter singular: los descendientes tienen derecho a dos tercios de la herencia del fallecido (en bienes de la herencia), pero esa cuota no puede superar el millón de coronas noruegas por cada hijo o estirpe, esto es, algo más de 100.000 euros; el cónyuge supérstite está protegido por el régimen económico legal (de manera parecida, también en Suecia y Dinamarca), basado en una comunidad de bienes diferida que se liquida por mitad al fallecimiento, aunque no se trata de un derecho hereditario forzoso y, en caso de verse privado de él por testamento, tendría derecho a una cantidad de dinero mínima bastante baja.

Las codificaciones sudamericanas se abordan, en apretada y certeza síntesis (pp. 120-124) basada, sustancialmente, en los precisos estudios del Dr. Jan Peter Schmidt: ahí se ofrece, a través de diversas afinidades de sistemas influidos por el Derecho español, portugués o francés, el círculo de legitimarios y sus cuotas, con renuencia a conceder derechos como herederos forzosos a las parejas de hecho, la disparidad entre legítima en cuota hereditaria o por cualquier otro título, la existencia de causas de desheredación (pero sólo indignidad sucesoria en algunos países, como Argentina desde 2014 por influencia francesa e italiana) o los debates reformistas, con pocas consecuencias reales. Epígrafe aparte para retratar aquellas latitudes merece el derecho a la pensión alimenticia en Centroamérica (Costa Rica, El Salvador y Honduras) y en México (pp. 124-127), que abandonaron la tradición española y romanista para declarar la libertad de testar sin legítimas, una libertad solo limitada por el mantenimiento de las personas dependientes del testador en caso de necesidad; en la legislación mexicana, en ciertas circunstancias, esa protección llega hasta los hermanos y otros parientes colaterales hasta el cuarto grado (j).

Como es natural por su propuesta final favorable al derecho de alimentos a cargo de la herencia, el prof. Zimmermann presta especial atención a los

sistemas mixtos (*Civil/Common Law*) que contemplan desde hace tiempo ese esquema, como es el caso de Luisiana y Quebec. De su relato se aprende con sorpresa que en el citado Estado norteamericano se modificó en 1996 por referéndum la Constitución para suprimir el derecho hereditario forzoso salvo en algunos casos excepcionales, cuales son (art. 1493[A] del *Louisiana Civil Code*): los descendientes de primer grado que tengan 23 años o menos en el momento del fallecimiento o que estén incapacitados permanentemente para cuidar de sí mismos o para administrar su patrimonio (y los nietos en circunstancias similares en algunos supuestos). Lo curioso del planteamiento en el contexto comparado es que no se les concede una pensión alimenticia, sino una cuota fija, con derecho real a parte de la herencia; existen causas de desheredación (algunas un tanto peculiares en nuestros días), incluida la famosa causa de no haberse comunicado con el padre durante dos años sin una causa justa después de haber alcanzado la mayoría de edad. El cónyuge supérstite no es heredero forzoso pero está bien protegido por el régimen económico matrimonial. El autor no ahorra crítica a este tipo de sistema intermedio tanto de Luisiana como de algunos países postsocialistas, en los que, tras quedar probada la necesidad, la protección estriba en la concesión de una cuota fija y no de lo necesario para subvenir las necesidades del familiar (v. gr., p. 219).

Es esclarecedor el análisis de los sistemas jurídicos de *Common law* basados en el sistema de las *family provisions* (p. 135 ss.), de concesión judicial, para un número amplísimo de personas relacionadas con el causante, con un enjuiciamiento por los tribunales del incumplimiento del testador de una suerte de deber moral de haber dejado algo a ciertos familiares y personas de él dependientes. Sin embargo, el dictamen del prof. Zimmermann es contundente al concluir su examen: «debería haber quedado claro que el enfoque de una *family provision* ha fracasado básicamente» (p. 174): en sustancia, la falta de previsibilidad de que se lamentan los autores en todas las jurisdicciones aboca, a su juicio, a una falta total de seguridad jurídica. Así, los ejemplos judiciales que se aportan desde Nueva Zelanda y Australia conducen a que «la libertad de testar se convierta en un mito en ambos países» (p. 139); en el Canadá anglófono, «en una medida sorprendente, los tribunales sustituyen la discreción del testador sobre su planificación patrimonial por la suya propia» (p. 142), aplicando patrones morales que consideran como un reflejo de las expectativas razonables de la sociedad; en Inglaterra, tanto la forma de proceder de los tribunales en dos etapas (primero determinar si la persona con derecho a reclamar, en un largo elenco que incluye incluso al antiguo cónyuge divorciado, al hijastro o a personas a cargo del testador, no está adecuadamente provista conforme al testamento y después dictaminar cuál sería esa «*reasonable financial provision*»), como la ausencia de unos criterios homogéneos en que fundar ulteriores decisiones, conducen a una gran incertidumbre, como demuestra la única sentencia que ha llegado a la *Supreme Court* sobre la aplicación directa de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents Act)* de 1975, donde se regulan estas *family provisions*, esto es, más de 40 años después de su entrada en vigor: se trata del famoso caso *Ilott vs. The Blue Cross* (2017). Una testadora desheredó a su hija que, a los 17 años de edad, había dejado a su madre para casarse con su novio contra la voluntad de esta; la madre, al fallecer, 26 años después, dejó su patrimonio de 486.000 libras esterlinas a tres organizaciones benéficas de animales, en tanto que la hija vivía con su marido y sus cinco hijos en condiciones muy precarias. Varias decisiones muy distintas, todas

justificables con el Derecho vigente, como demuestra el voto particular de tres magistrados (de siete) de la *Supreme Court*, fueron dadas por los tribunales: 50.000 libras según el *District Court*, nada según el *High Court*, 163.000 libras según el *Court of Appeal* y restablecimiento de la decisión inicial de 50.000 libras según la *Supreme Court* por entender que no había incurrido en un abuso de discrecionalidad.

El caso de Estados Unidos es, ciertamente, muy peculiar en el Derecho comparado por, al menos, tres razones: en primer lugar, «los hijos del heredero [sic: testador] están en peor situación que en todas partes, ya que no tienen derecho a la legítima o derecho hereditario forzoso, ni a reclamar una *family provision* o una manutención». En segundo lugar, parafraseando la cita que da lugar al epígrafe (cap. 2, VI.3, p. 158), «no hay materia en la que exista más variación legal» de Estado en Estado, tanto en cuanto a los potenciales derechos sucesorios del cónyuge viudo como la relación con el régimen económico matrimonial por defecto; en efecto, con ciertas similitudes con el actual Derecho escocés e irlandés y como reminiscencia de algunas protecciones históricas del cónyuge oriundas del Derecho inglés (*dower* y *courtesy*), se reconoce a este una cuota electiva (*elective share*, a veces denominada *forced* o *statutory share*) tanto en el *Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers*, como en el *Uniform Probate Code*, que depende del número de años de duración del matrimonio (del 3% de un matrimonio de un año y menos de dos al 50% para uno de 15 o más años). En 40 Estados de EE.UU. el cónyuge supérstite está protegido por una *elective share*, con matices muy diferentes; en esos Estados se aplica el régimen económico legal de separación de bienes. En nueve Estados, sobre todo del sur y el oeste (un tercio de la población), se sigue un sistema de comunidad de bienes por conexión histórica con el Derecho español: dado que el cónyuge recibe la mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio, la libertad del testador se considera ilimitada, sin protección adicional. En tercer lugar, pese a tan plena libertad de testar (al menos, en todo EE.UU. salvo Luisiana, respecto a los descendientes) desheredar a un hijo conduce a mucha incertidumbre jurídica sobre la solución legal en caso de litigio, porque los tribunales han admitido en varias ocasiones la invalidez del testamento por falta de capacidad para testar, engaño fraudulento o *undue influence*.

Tras este minucioso repaso del Derecho comparado, del que aquí solo se han escogido algunas muestras de mayor impacto para el jurista español o en lengua española, como se anticipó, el prof. Zimmermann aborda en el capítulo tercero su crítica al sistema legitimario alemán y su propuesta alternativa. Para ello repasa y discrepa de las razones con que histórica y actualmente se justifica la legítima y pone en cuestión la regla del BGB (idéntica en Derecho español) de la que llama «intransmisiabilidad hereditaria pasiva de los derechos de pensión alimenticia» y las razones de las excepciones a esa regla (hijos ilegítimos, cónyuge divorciado y madre con motivo del nacimiento de un hijo frente al padre que no está casado con ella). Acto seguido despliega sus argumentos para abogar por una «pensión alimenticia en lugar de legítima» como medio de mantener el principio de solidaridad familiar sin pasar por una cuota ciega; en esta labor creativa no rehúye tratar algunas de las cuestiones difíciles por las que habría de pasar ese nuevo sistema, como si esa pensión alimenticia se calcularía respecto al valor total de la herencia o respecto a la cuota intestada que podría corresponder a su beneficiario; cómo se capitalizaría esa pensión o cómo saber su duración si ha de quedar fijada en el momento de la apertura de la sucesión; qué ocurre si no existe activo en

la herencia o es incluso una *damnosa hereditas* (*¿desaparecería la obligación de alimentos, respondería de ella el heredero con sus bienes, tendría o no prioridad respecto a otros acreedores de una herencia en concurso?*); a quienes protegería además de a los hijos (mostrando sus dudas y matices respecto a padres y cónyuges); la evidencia de que en algunas ocasiones ese derecho alimenticio podría restringir aún más la libertad de testar que una cuota legítima, si las necesidades del legitimario agotaran el caudal, etc. Obviamente, el autor también pone en valor la superior autonomía del testador en la mayoría de los casos si desapareciera una cuota fija y perfilan los rasgos diferenciales de estos alimentos hereditarios por comparación con las pensiones alimenticias *inter vivos*, pues el deudor, fallecido, ya no puede ganar nada para aumentar los fondos, pero tampoco hay que tener en cuenta sus necesidades propias de manutención, siendo una deuda del patrimonio hereditario y no de los herederos, cuyas circunstancias son irrelevantes. El prof. Zimmermann pone distancia entre el sistema de alimentos que propone y la práctica judicial actual de las *family provisions*, que reescriben la voluntad del testador sin atenerse estrictamente al criterio de la necesidad; confía en que la larga experiencia de Alemania en el tratamiento judicial de las pensiones alimenticias y el uso de tablas uniformes o directrices, ausentes en el ámbito del *Common Law* y usuales en su país, ayude a conformar una deseable previsibilidad dentro de la flexibilidad de un sistema adaptable a las circunstancias. Para demostrar las diferencias, en un último ejercicio de buena y atractiva comparación jurídica, colaciona cuatro «causes célèbres» (*Iloti* en Reino Unido, *Tataryn* en Canadá, *Allardice* en Nueva Zelanda y *de Vries* en Sudáfrica) y marca las diferencias con el sistema que propone —que, recuérdese, no desglosa con todo detalle en este libro, sino en *Zwingender...* (2022)—, de modo que, en varios casos, no se concederían con él alimentos en situaciones en que sí se libró una *reasonable provision* en aquellos sistemas jurídicos.

La argumentación de cierre se cierra contra la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 2005 y su supuesto «blindaje» constitucional de la legítima: en primer lugar, explica con las circunstancias y razonamientos del caso (un caso extremo, de los dos abordados, de desheredación de un hijo que mató y descuartizó a su madre pero fue hallado inimputable penalmente por enfermedad psicótica), en el cual el BVerfG refrendó que las causas de desheredación del § 2333.1 y 2 BGB son compatibles con los principios constitucionales, de manera que la mención a que la Constitución prescribe la «participación económica mínima básicamente irrevocable e independiente de su necesidad» de, al menos, los hijos del fallecido es un *obiter dictum* que no resulta vinculante. Y, en segundo lugar, esgrime diversos contraargumentos frente a la fundamentación, que considera errónea, en favor de la preservación de la legítima que hace el BVerfG sobre la base del vínculo entre patrimonio y familia, el patrimonio familiar o la «larga tradición» de la participación de los hijos en la herencia del testador. Todos ellos los considera poco convincentes. El lector habrá de ponderar por sí mismo en el original estas consideraciones que anidan en el núcleo mismo de todo el debate sobre las legítimas, también en nuestro país.

En definitiva, al ponderar los sistemas existentes y sus posibles cambios, una de las principales ventajas del sistema de cuotas fijas es la previsibilidad del resultado, esto es, la seguridad jurídica. Su principal desventaja radica en su falta de flexibilidad, por la igualdad de trato que puede revelarse injusta en algunos casos (aunque no debe olvidarse ni nuestra mejora ni nuestra legítima colectiva foral). La principal ventaja de los sistemas de discrecionalidad

judicial, al estilo de las *family provisions*, es la flexibilidad de la decisión, que tiene en cuenta todas las circunstancias; su desventaja es su falta de previsibilidad y la consiguiente inseguridad jurídica. Como indica el prof. Zimmerman en otro pasaje (p. 174), «las ventajas de ambos modelos son, por lo tanto, imágenes especulares de sus desventajas». En el momento crucial de plantear cambios normativos es preciso situar el fiel en el punto más preciso posible conociendo el peso que algunas soluciones han tenido en pro de la seguridad o en pro de la flexibilidad y con la certeza de que muy pocos han sido los cambios absolutamente extremos en el panorama comparado.

Sergio CÁMARA LAPUENTE
Catedrático de Derecho civil
Universidad de La Rioja

ZUMAQUERO GIL, Laura: *Efectos de la compensación de deudas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 318 pp.

Resulta reconfortante constatar que el estudio de las instituciones más clásicas del Derecho civil sigue mereciendo la atención de las nuevas generaciones de juristas. Si dicho estudio se hace con rigor, precisión y solidez en los planteamientos, el resultado es una obra de obligada y agradecida lectura, como la que lleva por título *Efectos de la compensación de deudas*, objeto de esta recensión. Su autora es Laura Zumaquero Gil, profesora titular de Derecho Civil en la Universidad de Málaga, cuya trayectoria muestra una especial atención por las instituciones civiles más tradicionales, como lo revela, entre otros trabajos, sus excelentes monografías sobre *El derecho de acrecer entre coherederos* (Dykinson, 2011) y *El derecho de retención en el Código civil español* (Tirant lo Blanch, 2017).

La situación de compensación se produce cuando dos o más relaciones jurídicas tienen como titulares a las mismas personas, pero ocupando las posiciones contrapuestas: el deudor de una es acreedor en la otra, y viceversa. En estos casos, la compensación extingue la obligación sin realización de la prestación, pues la satisfacción del interés de las partes se obtiene con la extinción, total o parcial, de las respectivas deudas. La compensación evita una pluralidad de pagos cruzados entre las mismas personas que son deudoras las unas de las otras, sustituyéndolos por una mera operación aritmética y evitando, por tanto, desplazamientos patrimoniales innecesarios.

Las evidentes ventajas que ofrece la institución contrastan con los problemas de orden práctico que su aplicación plantea, entre ellos y quizás los más importantes, los que surgen con relación los efectos de la compensación. En unos casos, cuando se trata de los efectos entre las partes, por la aparentemente contradictoria regulación del Código civil español. Conforme al artículo 1202, el efecto de la compensación es «extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ellas los acreedores y deudores», precepto del que un importante sector de la doctrina y jurisprudencia ha deducido el efecto automático de la compensación, en el sentido de que esta se produce *ope legis* en el momento en que concurren los requisitos de la compensabilidad, aunque se alegue más tarde. Pero, por otra parte, los artículos 1198 y 1199 hablan de «oponer» la compensación, por lo que, si para que se produzcan sus efectos debe quererlo uno de los deudores,

resultaría que el efecto de la compensación ya no es automático, sino solo si así lo quiere una de las partes, la que alega la compensación. Asimismo, también presenta problemas la cuestión de los efectos de la compensación respecto de terceros, efectos no todos previstos por la Ley. Ante este panorama, la autora ha optado, con acierto, por no intentar ofrecer una panorámica general de la institución, sino en centrarse en un análisis exhaustivo precisamente de los efectos de la compensación entre las partes y también con respecto a terceros.

La obra, perfectamente estructurada, se divide en tres capítulos. En el primero se analiza el concepto de compensación, su fundamento actual y los elementos que la caracterizan, capítulo que permite clarificar una serie de cuestiones relevantes para el objetivo principal del estudio. En el capítulo segundo se estudian los efectos de la compensación entre los sujetos compensantes, en concreto el de la extinción de las deudas en la cantidad concurrente, con especial atención al momento en el que se produce la compensación, cuestión respecto a la cual la autora propone una solución interpretativa del artículo 1202 del Código civil a partir de la distinción entre el momento en que la compensación tiene lugar y el modo en que esta opera. Y el capítulo tercero, dedicado a los efectos de la compensación respecto de terceros, con el objeto, se analiza si tales efectos pueden prevalecer frente a derechos adquiridos por terceros sobre alguno de los créditos a compensar.

1. En el capítulo primero la autora define la compensación como un mecanismo de extinción de las obligaciones en virtud del cual dos personas quedan liberadas del pago de una deuda propia, en la cantidad concurrente, a partir de una mutua neutralización de sus obligaciones, al ocupar ambas la posición deudora y acreedora de manera recíproca, y rechaza su configuración como un pago. Se analizan los elementos estructurales del fenómeno compensatorio, distinguiendo entre los presupuestos subjetivos y los objetivos. Entre los primeros, aparece en primer lugar la reciprocidad entre acreedores y deudores, requisito respecto al cual la autora, de manera contraria a ciertos autores y jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuestiona la imposibilidad de compensar las deudas que tengan su origen en una misma relación jurídica. Un segundo presupuesto subjetivo es que los acreedores y los deudores lo sean por derecho propio, de manera que no puede hacerse uso de créditos que sean de titularidad de terceros. Y, en tercer lugar, cada uno de los obligados lo debe estar principalmente y no de forma subsidiaria. En cuanto a los presupuestos objetivos, las prestaciones deben ser homogéneas, matizando, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, la posibilidad de compensar deudas en divisa distinta siempre y cuando el cambio sea convertible a otra moneda y no se haya acordado que alguno de los acreedores reciba su cuantía en una divisa específica. Además, las deudas a compensar se deben encontrar vencidas, ser líquidas y exigibles, requisito este último que plantea problemas con relación a la prescripción de acciones. Y no debe existir una causa de exclusión de la compensación. El capítulo se cierra con el análisis de la posibilidad de compensar aun faltando los presupuestos legales, ya sea por la voluntad del acreedor y/o deudor (compensación voluntaria), o por la decisión del juez en el marco de un proceso en el que viene a dispensar la ausencia de alguno de sus requisitos (compensación judicial).

2. El capítulo segundo, dedicado a los efectos de la compensación entre acreedor y deudor, discierne sobre la cuestión seguramente más trascendente que plantea la compensación en el Código civil español, que no es otra que la

ya apuntada de si la extinción de las recíprocas obligaciones entre acreedor y deudor en la cantidad concurrente se produce de manera automática, o es necesaria una declaración por quien quiera hacerla valer. Se constata, en primer lugar, la tendencia en el derecho europeo hacia un modelo de compensación por declaración, de manera que se requiere una declaración de voluntad de la persona que pretenda hacerla valer, con independencia de que posteriormente se atribuya a dicha declaración efectos retroactivos. El ejemplo más reciente lo constituye el derecho francés tras la Ordenanza n.º 2016-131 de 10 de febrero, en el que el artículo 1347 dispone claramente la necesidad de previa invocación y la retroacción de sus efectos al momento en que se cumplan sus requisitos: «La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes. Elle s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies»; aunque también hay excepciones: el Código civil belga, tras la Ley de 28 de abril de 2022, dispone en el apartado primero del artículo 5.255 que «La compensation légale s'opère de plein droit, même à l'insu des débiteurs». La necesidad de previa declaración se encuentra, asimismo, con distintos matices, en las propuestas armonizadoras del Derecho de contratos en Europa –como, por ejemplo, el DCFR, que en su artículo III.-6:105 dispone que «Set-off is effected by notice to the other party»–, y en las dos Propuestas de Modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos –el artículo 1167-1 de la Propuesta de 2023 establece que «La compensación se hace efectiva mediante la declaración del facultado para valerse de ella», y el apartado primero del artículo 1168 establece la retroactividad: «Hecha efectiva la compensación, los créditos quedan extinguidos desde el momento en que se hicieron compensables»–. Frente a estas tendencias, el Código civil español establece en el artículo 1202 que «El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, *aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores*», expresión esta última que ha dado lugar a diferentes interpretaciones respecto al momento en que debe entenderse producido el efecto extintivo de la compensación. La profesora Zumaquero hace un exhaustivo análisis de dichas interpretaciones, desde su carácter automático defendido por la doctrina más tradicional, a la necesidad de una declaración de voluntad para la doctrina más moderna. La primera tesis, seguida por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, descansa fundamentalmente en la literalidad del artículo 1202, y la autora expone de manera clara las consecuencias adicionales que produce la eficacia automática, entre ellas la extinción de las obligaciones accesorias y las garantías, la imposibilidad de reclamar intereses o la consideración de pago indebido al realizado desconociendo que se había producido la compensación. La tesis partidaria de la compensación por declaración, acogida por la jurisprudencia más reciente, se sustenta, entre otros argumentos, en que la compensación no puede ser declarada de oficio por el juez, debiendo ser alegada por quien pretende beneficiarse de ella, en la interpretación sistemática de las reglas de la compensación, que revelan una aparente contradicción entre la automatidad del artículo 1202 y el contenido de los artículos 1197, 1198 y 1200, que hablan de «oponer la compensación», y en la posibilidad de renuncia. Ante tales teorías en apariencia contrapuestas, la profesora Zumaquero pone de manifiesto la necesidad de distinguir el momento en el que la compensación tiene lugar del modo en que esta se produce, y señala que en el ámbito judicial el carácter rogado del proceso civil exige que la persona que pretenda beneficiarse de la compensación la alegue ante los tribunales; ello

no constituye, según la autora, un argumento suficiente para negar la automáticaidad de la compensación en el Derecho español, dado que una cosa es la eficacia de la institución y el modo en que se produce y otra distinta el modo en que esta opera. Considera la autora que la compensación produce sus efectos una vez concurren los presupuestos previstos en los artículos 1195 y 1196, haciéndose valer en el proceso civil el efecto extintivo ya producido a través de su invocación por alguna de las partes, y la misma idea debe extrapolarse al ámbito extrajudicial, en el que en la generalidad de los casos la compensación será opuesta por el deudor en el momento en el que se le reclama el pago de un crédito. Por ello, entiende que la automaticidad de la compensación no debe verse contrariada por lo dispuesto en los artículos 1197, 1198 y 1200, en tanto que la expresión «oponer la compensación» alude simplemente a la forma de hacerla valer por la persona que pretende beneficiarse de unos efectos que ya se han producido, de manera que dicha expresión no supone un obstáculo para entender que la compensación opera *ipso iure* y *ope legis*. En cualquier caso, reconoce que los problemas de interpretación que plantea el artículo 1202 justifican la necesidad de una reforma que permita clarificar el momento en el que tiene lugar la compensación en el Derecho español, y pone de manifiesto las ventajas de adoptar un modelo de compensación por declaración, entre ellas la seguridad jurídica que aporta, la priorización de la autonomía de la voluntad y la clarificación del momento en el que dejan de producirse los efectos del incumplimiento. Mayores dudas expresa en cuanto a la conveniencia de seguir un modelo de compensación por declaración con efectos retroactivos, exponiendo tanto argumentos a favor –entre ellos, que se trata de la solución más coherente con la voluntad de las partes– como en contra –por ejemplo, que no se incentiva al deudor para que, con una simple declaración, aclare cuanto antes la situación–. Por todo ello, la profesora Zumaquero concluye que la alternativa a la retroacción debe pasar por incentivar al deudor a que declare la compensación, liberándole lo antes posible de su deuda, evitando de esta manera el estado de pendencia que se produce desde que tiene lugar la situación objetiva de compensación hasta que se produce la declaración; no obstante, concluye que, si lo que pretende el Legislador es reforzar la función de garantía de los créditos recíprocos, podría tener sentido adoptar un modelo de compensación por declaración con efectos retroactivos al momento de concurrencia de los créditos recíprocos, más que al momento de concurrencia de sus presupuestos.

3. El capítulo tercero se ocupa de los efectos de la compensación respecto de terceros, tanto en aquellas situaciones reguladas expresamente por el Código civil, como en aquellas otras no previstas expresamente por el Legislador y que tienen su origen en garantías o derechos reales constituidos sobre algunos de los créditos a compensar. Entre las primeras se encuentra, como más importante, la fianza, respecto a la cual la autora no solamente concluye que el fiador puede oponer la compensación de créditos que ostente el deudor principal sobre el acreedor, como dispone expresamente el artículo 1197 y corrobora el artículo 1853, sino también que el fiador puede oponer frente al acreedor la compensación de créditos propios, caso en que el fiador podrá ejercitar posteriormente contra el deudor las acciones de subrogación y reembolso –la que más le beneficie– del mismo modo que si hubiera pagado, por aplicación de los artículos 1838 y 1839. En cambio, el deudor principal no puede oponer la compensación al acreedor respecto de créditos del fiador, ya que de lo contrario se estaría contraviniendo el contenido de los artículos 1195 y 1196 del Código civil, que impiden oponer la compensación respecto

de deudas que son ajenas y sobre las que no existe reciprocidad –salvo en supuestos excepcionales contemplados expresamente por el Legislador–. Finalmente, aborda los supuestos de cofianza y subfianza. Respecto a la primera, la autora considera que el cofiador puede oponer la compensación no solamente de lo que el acreedor debiere al deudor principal o de créditos propios, sino también de créditos de otro cofiador en el caso en que estos se obligaron solidariamente. Y el subfiador puede oponer al acreedor la compensación de los créditos que ostenten el deudor principal y el fiador frente al acreedor, así como los créditos que el propio subfiador tuviera contra el acreedor; en cambio, el deudor principal no podrá oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador.

También se aborda el régimen de la compensación en los casos de solidaridad, pasiva y activa. En cuanto a la pasiva, una de las cuestiones que plantea es si el deudor solidario podrá oponer la compensación por el total de la deuda o solamente por la parte de la que sea responsable. Si el deudor al que se le reclama el pago es el titular del contracrérito, en aplicación del artículo 1143, la compensación se aplicará íntegramente a la deuda; la duda surge en el caso en que la reclamación se haga a un deudor solidario no titular del contracrérito; la autora considera que, si se parte de la óptica de la automatización de la compensación, el deudor no titular del crédito podrá aprovecharse de la compensación ya producida automáticamente y oponerla al acreedor reclamante. Cuando la solidaridad es activa, la problemática es análoga. Si, conforme al artículo 1143, la compensación hecha por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación, la duda estriba en determinar la extensión que debe atribuirse a dicha compensación; de manera coherente con lo defendido respecto a la solidaridad pasiva, la autora considera que se podrá oponer la compensación por el total de la cuantía y no exclusivamente por la parte a que tuviera derecho el coacreedor deudor en virtud de las relaciones internas, en tanto que lo que hace el deudor común es oponer la extinción de las deudas ya operada por compensación.

La compensación también plantea problemas con respecto a la cesión de créditos, cuestión regulada en el artículo 1198 del Código civil que establece tres reglas diferentes en función de si la cesión es conocida y consentida, conocida pero no consentida, y ni conocida ni consentida, de manera que solo en el primer caso el deudor no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Se trata de una regulación equitativa con los intereses en juego, y consecuente con el modelo de compensación de los artículos 1195 y siguientes. Sin embargo, a pesar de la claridad del precepto, la autora resuelve algunas de las dudas que aparecen. En primer lugar, considera que existe libertad de forma en la aceptación de la cesión para que sea eficaz, pudiendo realizarse verbalmente o por escrito, a través de una declaración de voluntad unilateral y recepticia en la que quede claro que el deudor aprueba la transmisión del crédito, por lo que se muestra crítica con la posición del Tribunal Supremo en varias sentencias en las que interpreta como consentimiento el silencio del deudor ante la notificación de la cesión. Con respecto al caso en que el deudor no haya consentido la cesión, y por tanto pueda oponer la compensación al cedente, la duda planteada es si las deudas que pueden compensarse son solo aquellas que reúnan los presupuestos de la compensación al tiempo de la cesión, o es también posible compensar aquellas deudas que, a pesar de la falta de alguno de los presupuestos legales en el momento de la cesión, tengan una existencia cierta en este

momento, concurriendo posteriormente los presupuestos para la cesión; la autora se posiciona en sentido contrario a la doctrina mayoritaria, y afirma que la norma del artículo 1198 significa que, si debido a su automaticidad la compensación se ha producido ya, el deudor cedido no puede ser privado de compensar las deudas anteriores a su conocimiento, de tal manera que las deudas deben reunir los presupuestos de la compensación en el momento en que el deudor reciba la notificación de la cesión y se oponga a ella. Finalmente, y en cuanto al caso en que el deudor desconozca la cesión, en el que este podrá oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y los posteriores hasta que haya tenido conocimiento de la cesión, la autora señala que no existe razón alguna para proteger al deudor cedido cuando este tiene conocimiento de la cesión y contrae una deuda con el cedente con posterioridad a dicho momento, y que tampoco debe existir dicha protección cuando los créditos no reúnan los presupuestos para compensar una vez notificada la cesión.

Por último, y dentro de las situaciones de compensación reguladas por la Ley, se analiza la compensación en caso de concurso de acreedores, en el que tanto la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, como el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, conforme al respeto al principio de igualdad de trato de los acreedores y el carácter restrictivo de los privilegios concursales, establecen la regla general de la imposibilidad de compensar deudas del concursado una vez que se hubiera producido la declaración de concurso, con la salvedad de aquellos supuestos en que los presupuestos de la compensación concurrieran con anterioridad a dicha declaración, debido a su carácter automático. La autora realiza un minucioso estudio de las excepciones a dicha prohibición –excepciones algunas de las cuales tienen su razón de ser en la necesaria armonización impuesta desde Europa y otras en la doctrina del Tribunal Supremo– en las que la operación de compensación se ha admitido aun faltando los requisitos de vencimiento y liquidez de alguno de los créditos con anterioridad a la declaración de concurso, sobre la base de que los créditos que tienen su origen en la misma relación contractual realmente no se compensan sino que simplemente se liquidan como créditos bilaterales, al margen de lo establecido en los artículos 1195 y siguientes del Código civil y en la normativa concursal.

La última parte del capítulo tercero está dedicada a los supuestos de compensación no regulados por la Ley. Uno de los que se analiza es la compensación en la prenda de créditos, como podría ser el caso en que el titular de unas imposiciones a plazo las pignorase para garantizar el pago de una deuda pero tenga a su vez un descubierto en cuenta corriente en el banco en el que estén depositadas dichas imposiciones; la autora propone la aplicación analógica del artículo 1198, que situaría al deudor, frente al acreedor pignoraticio, en la misma situación en la que se encontraría frente al cesionario, de manera que podría oponer o no la excepción de compensación dependiendo de que hubiera consentido la pignoración del crédito, se hubiese opuesto a ella o no tuviera conocimiento. También se ocupa del embargo del crédito compensable, situación en la que, a partir del principio general de que desde que el embargo tiene lugar no es posible realizar el pago ni por consiguiente compensar, se plantea la cuestión de qué ocurre si los requisitos de la compensación concurrían con anterioridad al embargo; sobre la base de su tesis de la automaticidad de la compensación, la profesora Zumaquero entiende que esta debería producir sus efectos con independencia de que en la práctica se haga valer con posterioridad por la persona que pretende beneficiarse de ella.

Finalmente, también aborda la compensación en las relaciones triangulares, es decir, las que surgen a partir de la celebración de un contrato bilateral en el que en su ejecución se produce la intervención de una tercera persona, para rechazar la posibilidad de que el tercero que pretende pagar pueda oponer en compensación un crédito propio.

En definitiva, el libro de la profesora Zumaquero *Efectos de la compensación de deudas* constituye una obra de obligada lectura, en la que, a partir de un minucioso tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial de la institución, se clarifican una serie de cuestiones de indudable importancia práctica en cuanto a la compensación de deudas, y se ofrecen unas soluciones que ineludiblemente deberían ser tenidas en cuenta si efectivamente llega a fructificar la anhelada reforma del Código civil español para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos.

Esteve BOSCH CAPDEVILA
Catedrático de Derecho civil
Universitat Rovira i Virgili

Revistas Extranjeras

A cargo de: Ricardo PAZOS CASTRO (Profesor propio adjunto. 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]), 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

COLONNA D'ISTRIA, F.: «La doctrine face aux idées juridiques nouvelles. Réflexion sur le conservatisme du savoir juridique en droit civil», *RTD civ.*, 2024, núm. 1, pp. 1-24.

El autor trata de responder a la siguiente cuestión.: ¿Qué pasaría si la Filosofía del Derecho impidiera a los juristas dotarse de una teoría de su propia práctica? Su idea fundamental es que la Filosofía del Derecho contiene una especie de vicio original. Para ello comienza por manifestar el rechazo de los juristas por el pensamiento crítico y los problemas de base. También explica que muchas personas están dispuestas a decir «mi práctica es suficiente para mí» en un movimiento de defensa contra la doctrina abstracta. Rechazando esta oposición simplista entre teoría y práctica, acaba por señalar cómo la verdadera Filosofía del Derecho será lo que los juristas quieran falsificar y no lo que importen de sistemas filosóficos extranjeros. (R. A. R.)

FRANÇOIS, C.: «La mutation de la jurisprudence de la Corte de Cassation», *RTD civ.*, 2024, núm. 2, pp. 309-334.

La calificación actual de la jurisprudencia de la Corte de Casación como fuente de Derecho choca con su singularidad: más que una fuente real, pero menos que una fuente formal. De hecho, sólo a través de su función disciplinaria de controlar la correcta aplicación de la ley por los jueces de primera instancia puede dictar sentencias con alcance normativo general de facto. Este *status quo*, sin embargo, ha tendido a ser cuestionado durante los últimos treinta años por un movimiento, iniciado por el propio órgano, que ha llevado a la formalización de su poder normativo y al establecimiento de procedimientos destinados a regularlo. De este modo, la función normativa se va independizando progresivamente de la función disciplinaria, hasta el punto de que cabe preguntarse si su jurisprudencia no se está convirtiendo progresivamente en una fuente formal de derecho. El autor trata de resaltar este cambio en la jurisprudencia de la Corte de Casación, y esbozar las consecuencias, actuales o previsibles, que tiene sobre el fondo del poder normativo. (R. A. R.)

JEZTAZ, Ph.: «Réflexions au fil de la plume sur “La jurisprudence révélée”», *RTD civ.*, 2024, núm. 1, pp. 61-64.

El trabajo de Jeztaz aborda la jurisprudencia y su complejidad, explorando las dificultades en su interpretación y función legal. A través de un análisis pluralista y antropológico, se examinan las fuentes y el impacto de la jurisprudencia en el contexto legal, destacando su carácter precario frente a la capacidad del legislador para alterarla. (R. A. R.)

DERECHO DE LA PERSONA

AA.VV.: «Journée international des droits des femmes», *JCP G*, núm. 10.

Número especial sobre derechos de la mujer. Se analiza la influencia de la inteligencia artificial y los algoritmos en los derechos de la mujer por L. Huttner; la constitucionalización de símbolos y derechos de la mujer por A. Levade; y la mujer en un mundo digital por C. Leroy-Blanvillain y R. Cussine. (R. A. R.)

ADAMO, E.: «L'identità del minorenne nella rete tra istanze di protezione e prospettive rimediali», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1677-1709.

Se analiza de forma crítica el sistema introducido por el legislador europeo en materia de protección de datos personales, en relación con la protección en internet de los bienes de la personalidad de los menores de edad. La autora pone de relieve la insuficiente protección que proporciona a este respecto el regulado derecho a la autodeterminación informativa. (A. M. M.)

AUBIN, R.: «L'évolution récente de l'encadrement juridique des mesures d'isolement et de contention en hospitalisation sous contrainte», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 16, pp. 11-13.

Las medidas de aislamiento y contención son medidas que se adoptan en el marco de la hospitalización obligatoria, por lo que son «una medida dentro de una medida». El control de estas medidas, que son de último recurso y

limitan las libertades, es necesario en vista de las cuestiones que plantean, y ello bajo la atenta mirada del Consejo Constitucional. (R. A. R.)

BENAZZA, M., GEROT, M.: «Contentieux et données personnelles: le droit d'accès est-il le nouvel article 145 du Code de procédure civile?», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 7, pp. 11-13.

El derecho de acceso, establecido por el RGPD como herramienta de control en beneficio de las personas, del uso que se hace de sus datos personales, se ha visto en los últimos años en gran medida desviado de su finalidad. De hecho, este mecanismo, muy poco condicionado, es utilizado cada vez más por los solicitantes con el objetivo, no de garantizar la protección de sus datos personales, sino de obtener pruebas con vistas a un posible litigio. Este nuevo método de obtención de pruebas permite así eludir —lamentablemente— la vía legal prevista a tal efecto por el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil. (R. A. R.)

BRUTTI, N.: «Mito del consenso e rating reputazionale», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 402-409.

Reflexiones acerca del servicio de *rating* reputacional, prestado por ciertas plataformas digitales, que consiste en medir la reputación de personas físicas y jurídicas, públicas y privadas. A partir del auto de la *Corte di Cassazione* de 10 de octubre de 2023, núm. 28358, el autor analiza de forma crítica las implicaciones de esta práctica sobre la dignidad de la persona y la intimidad, se pregunta por la realidad del consentimiento al tratamiento de datos para este servicio, y advierte de la insuficiencia de hacer más transparentes los algoritmos de calificación. (C. C. S.)

Covo, Y.: «Inverse Integration and The Relational Deficit of Disability Rights Law», *Colum. L. Rev.*, 2024, vol. 124, núm. 3, pp. 563-632.

Interesantísimo artículo en el que se destaca que, esencialmente, los estudios sobre las personas discapacitadas se han focalizado en su integración en la sociedad, cuando en la realidad existen modelos diferentes, entre los cuales conviene señalar la integración inversa: es decir, aquella que se realiza con personas no discapacitadas dentro de entornos o actividades centrados o destinados a personas con discapacidad. El autor demuestra que las normas jurídicas y sociales estadounidenses suelen obstaculizar la participación de personas sin discapacidad en espacios o actividades para discapacitados, a pesar de que este fenómeno existe *de facto*. Por ello, se observa cómo este fenómeno se repercute en muchos aspectos: así, por ejemplo, niños no discapacitados estudian en programas de educación especial, personas no discapacitadas en proyectos de viviendas para discapacitados, atletas no discapacitados compiten en deportes en silla de ruedas. Por ello, se observa el fracaso de la legislación sobre discapacidad y se propone una serie de medidas jurídicas destinadas a fomentar la integración inversa, esto es: favoreciendo la completa integración de todo tipo de personas, con y sin discapacidad en armonía completa. (A. F.)

DANI, L.: «Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1599-1633.

Con ocasión del comentario de una reciente sentencia, el autor se centra en el análisis del estatuto de los gametos crioconservados. Se discute en con-

creto si debe aplicarse la lógica contractual para calificar las relaciones con el banco de gametos, o si debe primar un enfoque basado en la relación íntima de los gametos con el sujeto del que provienen. (A. M. M.)

DEJEAN DE LA BÂTIE, A.: «Pénalisation de l'expression militante: L'heure des actes», *D.*, 2024, núm. 21, pp. 1032-1036.

Se analizan las consecuencias legales y sociales de la expresión de militancia. Este trabajo discute cómo se penaliza la expresión de ideas y acciones militantes, analizando el contexto actual y las implicaciones jurídicas. (R. A. R.)

DIONISI-PEYRUSSE, A.: «30 ans de lois de bioéthique: une grande œuvre inachevée», *D.*, 2024, núm. 28, pp. 1379-1387.

La autora hace un recorrido sobre la vigencia de las diversas leyes sobre bioética que han ido apareciendo en Francia en los últimos 30 años. Para ello hay que comenzar con las primeras leyes, de 1994 y 2004, que regulaban la donación de órganos y la procreación médica asistida, así como el diagnóstico prenatal. En 2021 aparece una nueva ley sobre la procreación médica asistida para parejas de mujeres o mujeres solteras. Y, en 2023, surge la procreación médica con material de terceros, así como la ley para morir dignamente. (R. A. R.)

D'ORAZIO, F.: «Il credit scoring e l'art. 22 del GDPR al vaglio della Corte di giustizia», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 410-421.

Análisis detallado de la sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2023, *SCHUFA Holding y otros (Scoring)*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, que se pronuncia sobre el encuadre de los servicios de calificación crediticia por terceras empresas en el artículo 22 del RGPD, relativo a la toma automatizada de decisiones. Tras explicar el ámbito de aplicación de este precepto, que se ve ampliado a raíz de aquella sentencia, el autor examina sus argumentos acerca de la licitud o no de este tratamiento automático de datos, ensalzando la solución del TJUE para hacer efectiva la tutela reconocida por el Reglamento. (C. C. S.)

FRICERO, N.: «Le contradictoire dans les procédures en matière de soins psychiatriques sans consentement», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 12, pp. 12-14.

El procedimiento jurídico que se sigue ante el juez que conoce de las medidas de atención psiquiátrica se rige por el Código de Procedimiento Civil y se aplican los principios fundamentales, en particular el procedimiento contradictorio. Sin embargo, la situación particular de la persona lleva a la promulgación de disposiciones específicas que se encuentran en el Código de Salud Pública, que plantean un problema a la hora de articularlas con las normas del derecho común.

GAIMO, G.: «Il punto di non ritorno. La revocabilità del consenso all'impianto degli ovuli fecondati», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 445-456.

Ensayo sobre la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Italia y, en particular, sobre la irrevocabilidad del consentimiento tras la fecundación de los ovocitos, precepto declarado inconstitucional por la sentencia de la *Corte costituzionale* de 18 de mayo de 2009, núm. 161. El autor analiza en retrospectiva los argumentos de la sentencia y da algunos apuntes críticos fundados en los principios de responsabilidad y autodeterminación.

nación, además de plantear algunas cuestiones relativas a la tutela de la madre y de los óvulos fecundados. (C. C. S.)

HERZOG, I.: «Données personnelles – Après-coup: le contrôle ex post de l'accès aux données personnelles par la CEDH», *JCP G*, 2024, núm. 25, § 818.

Encontrar la distancia de supervisión adecuada para una medida de acceso a datos personales sigue siendo una preocupación constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El autor analiza los pasos seguidos por dicho Tribunal. (R. A. R.)

LEANZA, C.: «L'identità personale nell'era telematica: l'identità digitale», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1807-1820.

El autor centra su trabajo en el análisis de la configuración de la identidad digital, a la luz de los avances de los últimos tiempos en materia tecnológica, y bajo la consideración especial de la normativa europea sobre estas cuestiones. (A. M. M.)

MÉSA, R.: «Le renforcement des droits du gardé à vue par la loi du 22 avril 2024: mise en conformité avec le droit de l'Union européenne, mais encore?», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 24, pp. 14-17.

La ley de 22 de abril de 2024 tiene como objetivo adaptar la legislación francesa sobre custodia policial a las exigencias de la Directiva núm. 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013. Para ello, refuerza el derecho a informarse y comunicarse con un tercero, así como la efectividad del derecho a la asistencia de un abogado. (R. A. R.)

MORACE PINELLI, A.: «Dalla Data Protection alla Data Governance: il Regolamento UE 2022/868», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 486-495.

Ánalisis detallado del Reglamento (UE) 2022/868 de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos, y al cambio de filosofía que representa respecto del RGPD. Tras resumir la evolución de la protección de datos en la Unión Europea, el autor examina la transición a un sistema centrado en la gobernanza de los datos más que en su tutela, permitiendo al individuo controlar su uso y disponer de ellos. También examina algunas provisiones específicas del reglamento, como la reutilización de datos, los intermediarios y el intercambio voluntario de datos. (C. C. S.)

MORACE PINELLI, A.: «In tema di diritto all'aborto», *DFP*, 2024, núm. 1, pp. 314-340.

El artículo examina la pregunta de si existe en Italia un derecho al aborto. Se centra al respecto en la cuestión de los intereses protegidos por la interrupción voluntaria del embarazo, analizando si la base de esta facultad es el derecho a la salud de la gestante o la autonomía de la voluntad y su libre autodeterminación. (A. M. M.)

PEYEN, L.: «Propositions iconoclastes pour la reconnaissance d'un droit de se promener», *D.*, 2024, núm. 20, pp. 976-979.

El autor se plantea la posibilidad de reconocer el derecho a pasear como un nuevo derecho fundamental de la persona. (R. A. R.)

RABAZZI, C.: «La sicurezza dei minori in ambito digitale nel c.d. D.L. Caivano», *DFP*, 2024, núm. 1, pp. 483-499.

Se estudia en profundidad la normativa italiana promulgada en el año 2023 que introduce la regulación de la seguridad infantil en el ámbito digital, ante el innegable impacto que las nuevas tecnologías e internet tienen sobre los menores de edad. En concreto, se analizan sus principales novedades, tales como el sistema de control parental en dispositivos de comunicación electrónica, la obligación de procedimientos de verificación de edad para el acceso a contenidos pornográficos, y la regulación de la alfabetización digital y mediática dirigida a padres, educadores y menores. (A. M. M.)

RAPISARDA, I.: «Autodeterminazione informativa e trattamento algoritmico dei dati personali. Il caso del rating reputazionale», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1558-1589.

Sobre la base del comentario de una sentencia relativa a la licitud del consentimiento al tratamiento algorítmico de datos personales otorgado por el usuario en una página web, se profundiza en diversas cuestiones relacionadas con la protección de datos y los algoritmos. Respecto de estos últimos, el trabajo se centra en la transparencia y en el llamado derecho a una explicación del algoritmo. (A. M. M.)

RUGGIANO, M. E.: «La tutela dei minori nella carriera alias: brevi considerazioni critiche», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1965-1974.

El artículo examina el procedimiento que pretende legitimar la sustitución, por parte de los estudiantes italianos, de su nombre personal por nombres de elección correspondientes al género al que se sienten pertenecientes, con la relativa alteración de los registros y documentos dentro de la escuela y la Universidad. En ausencia de una normativa al respecto, se analizan las instituciones jurídicas en las que tal procedimiento podría ampararse. (A. M. M.)

TELLIER-CAYROL, V.: «Pour l'intervention systématique de l'avocat en matière de contrôle des mesures d'isolement et de contention», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 11, pp. 12-15.

La ley del 22 de enero de 2022 no sistematizó la intervención del abogado durante el control del aislamiento y contención de personas hospitalizadas sin consentimiento. Sin embargo, el carácter privativo de estas medidas y el riesgo de ataques injustificados a los derechos y libertades fundamentales de estos pacientes exigen que la asistencia o representación de un abogado sea obligatoria. (R. A. R.)

PERSONA JURÍDICA

GORI, L.: «Una questione di democraticità interna degli enti privati al vaglio della Corte costituzionale», *NGCC*, 2024, 3, pp. 586-604.

Ensayo sobre los límites a la intervención del Estado en la regulación de las asociaciones para garantizar el principio democrático en su funcionamiento. Tomando como punto de partida la sentencia de la *Corte costituzionale* de 29 de septiembre de 2023, núm. 184, que declara la inconstitucionalidad de una norma que impone un límite de mandatos para los presidentes y

directivos de federaciones y asociaciones deportivas; el autor subraya la necesidad de buscar el equilibrio entre el respeto a la naturaleza privada de estos entes, de un lado, y evitar los efectos antidemocráticos de la perpetuación de ciertos sujetos en su dirección, de otro. (C. C. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AA.VV.: «De la vente d'immeubles à construire. 38.^a colloque annuel de l'Association française pour le droit de la construction et de l'immobilier du 25 janvier 2024, en partenariat avec JURIDIM (Association des directeurs et responsables juridiques de l'immobilier) et avec le concours du CERCOL – Centre d'études et de recherche sur la construction et le logement)», *RDI*, 2024, núm. 3.

En este número se analiza si deben coexistir o no la VIR y la VEFA en una misma operación inmobiliaria, por Hermberger; cómo contratar VEFA y BEFa por Durand-Pasquier; la venta del derecho de sobreelevación de un inmueble por Périnet-Marquet; o la eficacia de la garantía financiera de terminación del inmueble, por Gijsbers. (R. A. R.)

AA.VV.: «Discussioni: Azione di arricchimento e sussidiarietà dopo le Sezioni Unite», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 430-444.

Dentro de la segunda parte de este número, bajo la rúbrica «Discussions», tres autores abordan un tema común, en este caso la subsidiariedad de la acción por enriquecimiento injusto a la luz de la sentencia del Pleno de la *Corte di Cassazione* de 5 de diciembre de 2023, núm. 33954. Los autores, desde una posición crítica, advierten de algunos supuestos problemáticos que perviven con la nueva doctrina, o atacan la apelación a la voluntad del legislador que hace el tribunal. (C. C. S.)

AA.VV.: «États généraux du dommage corporel», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. hors-série 1, 30 janvier 2024.

Entre otros, estudios sobre la indemnización de la víctima en el proceso penal por Patrice Jourdain; intervención del asegurador en los procesos penales por daños por Jérôme Charpentier, Michel Ehrenfeld, Marie Mescam; parte civil de la audiencia penal por Laurent Saenko, Benoît Mornet, Patrice Gaud, Lynda Lettat-Ouatah; indemnización por violencia sexual e intrafamiliar por Liliane Daligand, Anne Guégan, Élodie Schortgen; plazo de prescripción de acciones por Jérôme Charpentier; impacto de la acción pública en la civil por Aurélie Coviaux. (R. A. R.)

ABRAHAM, K., SHARKEY, C.: «The Glaring Gap in Tort Theory», *Yale L. J.*, 2024, vol. 133, núm. 7, pp. 2165-2255.

Para los autores, existe una laguna evidente en Derechos de daños, donde no se tiene en cuenta adecuadamente el sistema de seguro, ya que este último es tratado a menudo como si fuera solamente una fuente contingente de financiación externa. En este sentido, son las aseguradoras quienes, de forma paradójica, han impulsado la expansión continua de la responsabilidad civil estadounidense. Por ello, los autores reivindican el papel de referencia que el seguro de responsabilidad ha tenido, y tiene, en la responsabilidad extracon-

tractual; afirmando que se le debe reconocer además un rol protagónico más profundo, yendo más allá de aspectos meramente teóricos. (A. F.)

ACHILLE, D.: «La sussidiarietà dell’azione di arricchimento senza causa, *nihil sub sole novum*», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 374-388.

Ensayo sobre el carácter subsidiario de la acción por enriquecimiento injusto, a raíz de la sentencia del Pleno de la *Corte di Cassazione* de 5 de diciembre de 2023, núm. 33954. El autor explica los caracteres y fundamento de esta subsidiariedad y su interpretación extensiva. También analiza algunos supuestos en que se ha discutido si este requisito debe decaer o no, como la prescripción o caducidad de la acción principal. (C. C. S.)

BALDON, C.: «Le nouvel encadrement des allégations environnementales par le droit européen: un changement de paradigme dans la lutte contre le greenwashing», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 14, pp. 15-19.

Impulsado por el deseo de poner fin al *greenwashing*, el legislador europeo está creando normas cada vez más exigentes para las reclamaciones medioambientales. La Directiva núm. 2024/825, de 28 de febrero de 2024, prohíbe así una serie de términos, como «neutro en carbono», «verde», «ecológico», o «respetuoso con el medio ambiente», cuando no estén suficientemente respaldados. Este nuevo régimen va acompañado de un proyecto de directiva denominado *Green Claims* que, de ser adoptado, establecería en particular un sistema de validación previa de declaraciones y etiquetas medioambientales. La comunicación medioambiental se convierte así en un acto de equilibrio que los anunciantes deben aprender a dominar. (R. A. R.)

BARTALENA, M. T.: «La liquidazione in via equitativa del danno da contraffazione e l’art. 1226 c.c.», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 32-43.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 25 de mayo de 2023, núm. 14593, que versa sobre la cuantificación del daño derivado de la infracción de los derechos de propiedad industrial. La comentarista se detiene en la posibilidad excepcional de valorar el lucro cesante en equidad cuando resulta imposible o excesivamente gravoso cuantificarlo. (C. C. S.)

BENATTI, F., PORTONERA, G.: «La responsabilità di diritto civile degli *Internet Service Providers*. Spunti dalla comparazione con la giurisprudenza statunitense», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 476-485.

Estudio comparativo de la responsabilidad civil de los proveedores de servicios de internet en Italia y en Estados Unidos. Los autores contrastan ambos sistemas y abogan por la objetivación en el ordenamiento italiano, proponiendo pasar del criterio subjetivo, fundado en el conocimiento manifiesto de la ilicitud del contenido, a la imputación de responsabilidad por el mero hecho de ser quienes están en mejor posición de evitar el daño. Esta propuesta se conecta con las obligaciones de tales proveedores respecto de los usuarios y con la especial posición de poder que ocupan. (C. C. S.)

BORGHETTI, J. S.: «Le soleil se lève au nord: ou comment la réforme belge de la responsabilité extracontractuelle fait pâlir le projet français», *D.*, 2024, núm. 13, pp. 643-649.

El legislador belga ha seguido el camino iniciado por el legislador francés y ha comenzado a revisar su Código civil para adaptarlo a los nuevos tiem-

pos. El autor examina las implicaciones de la reforma en Bélgica sobre la responsabilidad extracontractual y su impacto en el proyecto de reforma francés. (R. A. R.)

BOUGEROL, L.: «La perte des recours de la caution. Ou l'existence d'un cautionnement doit-elle aggraver la situation du débiteur?», *RTD civ.*, 2024, núm. 1, pp. 25-44.

La autora aborda el tema relativo a la pérdida de los recursos de la fianza. Concretamente analiza cómo cuando un fiador paga sin haber sido demandado, luego no puede utilizar ciertos recursos para oponerse a la deuda. (R. A. R.)

BRUSCHI, J.: «L'exception de vainc mise en demeure dans la résolution unilatérale par voie de notification», *D.*, 2024, núm. 11, pp. 565-569.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de Casación de 18 de octubre de 2023, en la que se señala que cuando una parte desea resolver el contrato mediante notificación, el requerimiento no debe emitirse si de las circunstancias se desprende que es en vano. (R. A. R.)

CARTER, M.: «The Optimal Opt-in Option: Protecting Vulnerable Consumers in The Expanding Privacy Landscape», *Colum. L. Rev.*, 2024, vol. 124, núm. 2, pp. 431-458.

Frente a la expansión progresiva de un sistema de recopilación de datos «opt-out», se constata que la intimidad de los consumidores puede verse vulnerada, dado que el acceso a sus datos personales puede generar un trato discriminatorio y desigual, sobre todo para aquella parte de población que es menos consciente o está menos educada e informada sobre los peligros potenciales de la recopilación de datos. La autora aboga a favor de que la legislación estadounidense predisponga un sistema normativo más sólido en relación con sus disposiciones de exclusión voluntaria para proteger a los más vulnerables en el ámbito del mundo digital. De lo contrario, el sistema algorítmico de recopilación de datos producirá una vulneración considerable de los derechos de los sujetos. En este contexto, se insertan, por ejemplo, instrumentos normativos cuales son el *Biometric Information Privacy Act* (BIPA), el *California Consumer Privacy Act* (CCPA), el *California Privacy Rights Act* (CPRA), y el *Colorado Privacy Act* (CPA). (A. F.)

CARUSI, D.: «Il principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati e la sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa», *RDC*, 2023, núm. 3, pp. 410-425.

Reflexión de la figura y la acción de enriquecimiento injusto: consideración del fundamento de otras acciones y aplicación subsidiaria. Análisis de la jurisprudencia al respecto. (M. R. D. R.)

CHANDLER, J. M.: «Faut-il, en droit des contrats, distinguer la loyauté de la bonne foi?», *D.*, 2024, núm. 17, pp. 832-839.

El autor se plantea la utilidad o no de distinguir entre lealtad y buena fe en el ámbito contractual. Si bien, en principio, puede parecer inútil porque duplicaría la buena fe, luego señala cómo son niveles diferentes. Así, considera que la buena fe se refiere al concepto de fidelidad a la palabra dada, mientras que la lealtad alude al de dedicación. (R. A. R.)

DANOS, F.: «La définition de la délivrance dans la vente à l'aune de l'Avant-Projet de réforme du droit de contrats spéciaux», *RTD civ.*, 2024, núm. 2, pp. 289-308.

Estudio de los artículos del Anteproyecto de reforma francés sobre contratos especiales, sobre el cambio en torno a la entrega de la cosa en la venta. (R. A. R.)

DE SANTIS, B.: «La scomparsa del danno patrimoniale nel Dieselpgate. La Corte d'Appello di Venezia e l'esito infelice della *class action* italiana», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 11-32.

Comentario a la sentencia de la Corte de Apelación de Venecia de 16 de noviembre de 2023, núm. 2260, que se pronuncia sobre los daños resarcibles en el caso *Dieselgate*. La autora destaca que la introducción en Italia de la acción colectiva en defensa de los consumidores no ha alterado la finalidad resarcitoria y no punitiva de la responsabilidad civil, siendo necesario acreditar el daño patrimonial, lo que disminuye su efectividad. (C. C. S.)

DOWNING, G.: «The Origin of Asymmetric Information: Revisiting the Rationale for Regulation», *Oxford J. Legal Stud.*, 2024, vol. 44, núm. 1, pp. 28-53.

El autor retoma el modelo de la información asimétrica y del *market for lemons* elaborado por el premio Nobel, George Akerlof, en el que el economista constataba la posibilidad de degradación de un mercado debido a razones producidas por una brecha informativa entre comprador y vendedor. Mediante un acercamiento también al *Law and Economics*, el autor interrelaciona las políticas de intervención regulatoria con el estudio y la profundización de los orígenes de esta brecha. (A. F.)

DUPOUY, S.: «Les sanctions du droit commun des contrats face au devoir de bon comportement environnemental de l'entreprise contractante», *D.*, 2024, núm. 29, pp. 1426-1430.

Este trabajo examina cómo las sanciones en el derecho común de los contratos se aplican frente a la obligación de las empresas de mantener un comportamiento ambiental responsable. La autora plantea la posibilidad de sancionar a las empresas por incumplimiento de las normas ambientales que no forman parte del contrato firmado. (R. A. R.)

FARNETI, M.: «Riflessioni sulle recenti tendenze giurisprudenziali in tema di avveramento fittizio della condizione», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 242-253.

Estudio sobre el artículo 1359 del *Codice civile*, que da por cumplida la condición cuando el hecho no haya podido verificarse por causa imputable a quien tenía interés en que no se realizara. El autor critica la tendencia jurisprudencial en este ámbito a dar excesivo peso al precedente, que se traduce en la proliferación de máximas y la insuficiente motivación de los fallos, así como la inseguridad jurídica que genera. (C. C. S.)

FELD, G.: «Le *contract management*, levier de performance économique des «grands projets»», *RDI*, 2024, núm. 7, pp. 381-387.

El *contract management* se centra en la gestión de contratos durante su ejecución, actividad importante para optimizar su rendimiento y contribuir a la eficiencia económica en grandes proyectos. Implementar un buen manejo

de contratos puede funcionar como un instrumento pragmático, convirtiéndose en un verdadero motor de rendimiento, especialmente en un contexto de economía globalizada. Asegurarse de que se cumplan todos los términos y condiciones del contrato puede mejorar la relación entre las partes y potenciar los resultados económicos. (R. A. R.)

GABRIELLI, E.: «Sopravvenienza e rinegoziazione», *RTDPC*, 2024, núm. 1, pp. 11-34.

Reflexiones sobre la necesidad de renegociar el contrato ante la imposibilidad sobrevenida o excesiva onerosidad de la prestación, para reequilibrar los intereses de las partes: fórmulas específicas para el tratamiento del riesgo contractual, crisis empresarial y límites. (M. R. D. R.)

GALLAGE-ALWIS, S.: «Les règles relatives aux contrats conclus en ligne: un cadre réglementaire connu, mais un acquis pour tous?», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 3, pp. 11-14.

La celebración a distancia de contratos de compraventa y de prestación de servicios es hoy parte integrante de los patrones de consumo y, por tanto, está regulada por la ley, desde su formación hasta su entrega, e incluso su terminación. Dada la naturaleza común de este método de celebración de un contrato, cabría esperar que hoy en día las normas estuvieran perfectamente integradas y respetadas. Sin embargo, este no es el caso, según las autoridades. (R. A. R.)

GRIMALDI, C.: «La durée en droit des contrats (contrats, obligations, prestations)», *D.*, 2024, núm. 16, pp. 778-786.

La duración o vigencia de los contratos, obligaciones y prestaciones en el Derecho contractual francés. Análisis de la regulación legal. (R. A. R.)

GUZZARDI, G.: «Unitarietà dell'operazione economica e (presunta) atipicità della locazione di cosa futura», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 389-401.

Reflexión acerca de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 19 de octubre de 2023, núm. 29027, que versa sobre un contrato público para el arriendo por una agencia estatal de bienes inmuebles en construcción. El análisis se centra en la calificación de los contratos mixtos, criticando el razonamiento de la *Corte*, y propone que se dé mayor peso a la investigación empírica de la voluntad de las partes. (C. C. S.)

HENRY, X.: «Obligation de transparence: prêts en francs suisses, résidences-services et honoraires d'avocat, même combat!», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 13, pp. 13-16.

Considerando que el carácter claro y comprensible de una cláusula, en el sentido del apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, no puede limitarse a su significado gramatical, sino que presupone que el contrato establezca de manera transparente las posibles consecuencias económicas de su celebración para el consumidor, el Tribunal de Luxemburgo ha abordado litigios sobre préstamos a francos suizos. Sin embargo, el requisito de transparencia no se limita a esta hipótesis, y ya es hora de que los tribunales nacionales lo tengan plenamente en cuenta. (R. A. R.)

HEUZÉ-ROHFRITSCH, B., OUDIN, Ch. J.: «La prise en compte du préjudice de désœuvre à l'œuvre», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 8, pp. 15-17.

Ociosidad, pero también privación de beneficios relacionales y sociales, pérdida de identidad, devaluación social, falta de realización de uno mismo, sentimiento de «anomalía social»: nuevos contornos del impacto profesional del daño en el origen de la exclusión de la víctima del mercado. Quedan muchas preguntas que esperan respuesta para que este aspecto del impacto profesional del daño pueda repararse de manera plena y justa. (R. A. R.)

JOST, B.: «À la recherche de la gestion d'affaires intéressée», *RTD civ.*, 2024, núm. 1, pp. 45-60.

El autor analiza la gestión de asuntos interesados, en la una persona gestiona los asuntos de otra sin existencia de mandato, lo que va a implicar la existencia de unos costos o riesgos que asumen diversas partes. No obstante, es frecuente la denominada «gestión de partes interesadas» que se refiere a la forma en que las empresas o entidades gestionan las relaciones con las diferentes partes interesadas, teniendo en cuenta sus respectivos intereses. Esta gestión es crucial para garantizar una cooperación efectiva y evitar conflictos. (R. A. R.)

LARRIBIÈRE, L.: «Quatre effets pour une convention d'arbitrage», *D.*, 2024, núm. 11, pp. 558-564.

Estudio sobre las implicaciones y consecuencias jurídicas de un acuerdo de arbitraje, en particular en lo que respecta a los efectos específicos de este acuerdo, así como a las sanciones vinculadas a su incumplimiento. Es parte de una discusión más amplia sobre la regulación del arbitraje internacional desde la década de 1990. (R. A. R.)

LETACQ, F., VINGIANO-VIRICEL, I., YOUNGATOVA, K.: «Responsabilité du prestataire logistique en cas d'incendie», *JCP G*, 2024, núm. 6, § 208.

La diversificación de las actividades de servicios logísticos permite ahora al proveedor de estos ofrecer, además de un servicio de transporte, el almacenamiento de los bienes, entre otras cosas. (R. A. R.)

LUBIAN, F.: «La sostenibilità come clausola generale: una prospettiva comparata», *NGCC*, 2024, núm. 3, pp. 737-746.

Reflexiones acerca del concepto de sostenibilidad y sus múltiples facetas. El autor se plantea su naturaleza jurídica y su posible influencia sobre el Derecho de contratos, así como su recepción por los tribunales italianos. También aborda un análisis comparativo que puede orientar su aplicación. (C. C. S.)

MAGNI, A.: «La c.d. “disforia di genere” e la responsabilità del medico, nell’ipotesi dell’inutilità del trattamento sanitario ormonale o chirurgico», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1931-1964.

En los casos de la llamada disforia de género, la posible falta de los resultados esperados lleva a indeseables consecuencias que repercuten sobre el estado mental de la persona que ha llevado a cabo el procedimiento, especialmente graves en el caso de adolescentes. Se plantea en el artículo la posibilidad de reclamar una responsabilidad al profesional médico actuante, en caso de que se produjeran en Italia tales hechos. (A. M. M.)

MASINI, L.: «Sulla formazione progressiva dell'accordo: il preliminare di preliminare e il diritto del mediatore alla provvigione», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 298-308.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 13 de noviembre de 2023, núm. 31431, que resuelve un supuesto de «tratos preliminares a los tratos preliminares». La comentarista adopta una posición crítica de la sentencia, cuya solución reputa no generalizable. Tras exponer los problemas de la formación progresiva del contrato, advierte de la dificultad de determinar en qué momento el negocio queda formado, en tanto que depende de la interpretación de los actos de las partes para deducir su voluntad. (C. C. S.)

MEILLER, E., SEGUIN, A., BERTHOL, C.: «La découverte inopinée de pollution et la responsabilité du notaire», *RDI*, 2024, núm. 7, pp. 376-380.

El documento de contaminación no anunciada se refiere a las responsabilidades que podría tener un notario en relación con transacciones inmobiliarias afectadas por problemas ambientales. Es fundamental que el notario conozca las cuestiones medioambientales para evitar litigios, informando adecuadamente al comprador de los riesgos potenciales relacionados con la contaminación de los inmuebles. Las cuestiones a las que se enfrentan los notarios son técnicas, pero también jurídicas, y exigen un buen dominio del Derecho medioambiental, de las obligaciones y de los contratos especiales, como lo demuestran numerosas sentencias que se refieren, por ejemplo, a las nociones de consentimiento (error en una calidad sustancial de la cosa), obligación de entregar conforme a lo dispuesto en el contrato o incluso garantía de vicios ocultos (a pesar de la existencia de cláusulas de exoneración). También es un derecho muy afectado por cuestiones financieras: esto a veces plantea el problema de la brecha entre el costo de los estudios y descontaminación, y el valor inmobiliario del terreno. Se trata, por tanto, de un Derecho que a menudo requiere la asistencia de especialistas (consultorías, abogados especializados, etc.). (R. A. R.)

MINICANGELI, P.: «Il risarcimento del danno da lesione del congiunto e la Suprema Corte: dalle tabelle come criterio risarcitorio ai criteri per le tabelle», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1511-1552.

El autor realiza un análisis crítico del llamado «daño a la relación parental», objeto de una reciente sentencia de la *Corte di cassazione* italiana. Se analiza la evolución doctrinal y jurisprudencial al respecto y se proponen soluciones para su cuantificación. (A. M. M.)

MUTTINI, L.: «La «dolosa preordinazione» ex art. 2901, comma 1.º, cod. civ. al cospetto delle Sezioni Unite: spunti di riflessione e proposte di soluzione», *NGCC*, 2024, núm. 3, pp. 652-661.

Ensayo sobre el requisito del dolo en la acción pauliana por fraude de acreedores. El autor, sirviéndose del auto de la *Corte di Cassazione* de 27 de noviembre de 2023, núm. 32969, hace un pormenorizado análisis de los problemas interpretativos del concepto de fraude en el artículo 2091 del *Codice civile*. Tras criticar la interpretación jurisprudencial, propone un cambio de planteamiento centrado en la cognoscibilidad del daño, más que en la voluntad de causarlo, debidamente ponderado con una aplicación más cautelosa de la acción pauliana. (C. C. S.)

NEGRO, A.: «L'art. 2059 cod. civ. sta invecchiando», *NGCC*, 2024, núm. 3, pp. 501-506.

Apuntes al auto de la *Corte di Cassazione* de 29 de noviembre de 2023, núm. 33276, relativo a la indemnización de daños morales consistentes en no poder asistir a un funeral a causa del retraso de un vuelo. El autor critica que en Italia sólo se reconozca la indemnización del daño no patrimonial en los casos legalmente previstos, apuntando que la ampliación interpretativa de este precepto es insuficiente para hacer frente a los daños morales derivados del incumplimiento del contrato. (*C. C. S.*)

PARDOLESIC, R., SIMONE, R.: «Errore diagnostico/terapeutico e giurisprudenza didascalica (ovvero: sui guasti da diniego del danno da morte)», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 159-169.

Estudio crítico de la jurisprudencia acerca de los errores diagnósticos y de tratamiento que acortan la vida del paciente. Los autores examinan la posibilidad de considerar estos «fragmentos de vida perdidos» como daños resarcibles a través de la doctrina de la pérdida de oportunidad, aunque advierte de los problemas de causalidad y de certeza del daño, además de analizar las posibles pretensiones resarcitorias que pueden accionarse en función de distintas variables. (*C. C. S.*)

PELLIER, J. D.: «Réflexions sur l'effet interruptif de prescription de la saisie des rémunérations», *D.*, 2024, núm. 21, 1037-1039.

El autor analiza el efecto disruptivo de la prescripción vinculado al embargo de la remuneración, destacando que este efecto continúa durante toda la duración del embargo. Esto significa que el curso de la prescripción se interrumpe mientras el embargo esté en curso, influyendo en los derechos de acreedores y deudores. (*R. A. R.*)

PLAIA, A.: «Risoluzione anticipata del contratto di locazione e risarcimento del danno», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 43-50.

Comentario del auto de la *Corte di Cassazione* de 9 de noviembre de 2023, núm. 31276, por el que se remite al Pleno la decisión sobre la individualización del daño en casos de resolución anticipada de un contrato de arrendamiento por incumplimiento del arrendador. El autor critica el planteamiento del auto y defiende que la cuantificación se base en el menor de dos valores: el de las rentas pactadas que se dejan de percibir o el de la renta que podría pactarse al tiempo de la demanda de resolución. (*C. C. S.*)

PLISSONIER, M.: «L'obligation d'affectation des dommages et d'intérêts», *RTD civ.*, 2024, núm. 2, pp. 335-353.

El autor se plantea el tema de cómo los daños y perjuicios deben ser asignados a las víctimas en el contexto legal, analizando la obligación del autor de la falta. Este tema es relevante para entender los derechos de las víctimas en casos de daños. (*R. A. R.*)

REDACCIÓN DE LA REVISTA: «Platform Accountability and Transparency Act, S. 1876, 118th Cong. (2023)», *Harv. L. Rev.*, 2024, vol. 137, núm. 7, pp. 2104-2113.

Ánalisis de la propuesta del Senado estadounidense sobre el *Platform Accountability and Transparency Act* (PATA), que introduce para las plata-

formas de redes sociales, una ley de divulgación y la obligación de proporcionar informes. El comentario observa que, además, el proyecto brinda a los investigadores la oportunidad de acceder a información que actualmente difícilmente lo es, ya que estos datos tienen un interés público en relación con la primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Cabe destacar que en esta propuesta se proporciona protección en términos de responsabilidad penal a los investigadores que usen estas informaciones. (A. F.)

RISSE, J.: «Bilan provisoire d'application de l'article 1170 du code civil: ni inutile, ni dangereux», *D.*, 2024, núm. 27, 1343-1348.

El artículo 1170 señala que toda cláusula que prive de su sustancia a la obligación esencial del deudor se considera inexistente. Esto implica que aquellas condiciones que perjudiquen el propósito principal de un contrato no tienen validez. El autor analiza su aplicación en el Derecho francés, para determinar si debe o no mantenerse. (R. A. R.)

ROCCA, G.: «Il contratto come azione sociale: dalla mancipatio al Reg. UE n. 565 del 2017», *RTDPC*, 2024, núm. 2, pp. 477-499.

Observaciones sobre la finalidad social de certeza jurídica de los requisitos de forma de los contratos, a la luz del Reglamento delegado (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016, que introduce la necesidad de dotar de mayor seguridad jurídica a los contratos realizados por intermediarios en el mercado financiero. (M. R. D. R.)

ROMAGNO, G. W.: «Profili della separazione patrimoniale degli enti religiosi civilmente riconosciuti nella disciplina del codice del terzo settore e del decreto sull'impresa sociale», *DFP*, 2024, núm. 1, pp. 408-427.

El artículo examina el funcionamiento de un caso concreto de patrimonio separado y responsabilidad patrimonial limitada que afecta a entidades religiosas civilmente reconocidas en Italia. Se estudian particularmente las formalidades necesarias para conseguir el efecto de segregación de los bienes frente a terceros, así como el alcance de esa separación de los bienes a efectos de la responsabilidad patrimonial. (A. M. M.)

SAAVEDRA SERVIDA, B.: «La responsabilità degli internet service provider: dal *safe harbour* al principio di *accountability* (Regolamento (UE) 2022/2065 sui servizi digitali)», *NLCC*, 2024, núm. 1, pp. 135-160.

Reflexiones sobre el nuevo Reglamento UE de Servicios Digitales (*Digital Services Act* de julio de 2022), con los que el Parlamento Europeo ha querido establecer un conjunto de reglas de transparencia y responsabilidad para los proveedores de servicios de internet, en favor de los consumidores y de los intereses generales. Análisis del tipo de actividad prestada por las plataformas *online*, en relación con el tratamiento de datos personales y supuestos de exención de responsabilidad civil. Especial referencia a los límites contractuales de la libertad de expresión. (M. R. D. R.)

SALANTRO, U.: «La responsabilità ambientale dopo la reforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico», *RDC*, 2023, núm. 2, pp. 229-260.

Estudio de la reforma constitucional de los artículos 9 y 41, para evitar daños al medio ambiente derivados de la actividad económica, y del debate

sobre el carácter restrictivo o extensivo del objeto tutelado: salud, ecosistema, biodiversidad, clima. (M. R. D. R.)

SARTOR, S.: «La presunzione di conoscenza della dichiarazione recettizia giunta all'indirizzo dell'incapace naturale», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 5-11.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 27 de septiembre de 2023, núm. 27482, por el que se remite al Pleno la cuestión de si la prueba de entrega de una declaración recepticia en el domicilio de una persona permite presumir su conocimiento, como prevé el artículo 1335 del *Codice civile*, en el caso de que el receptor se encuentre en estado de incapacidad natural. El comentarista repasa las distintas opiniones doctrinales y se pronuncia a favor de considerar efectiva la notificación *a priori*, sin perjuicio de que el incapaz demuestre, en cada caso concreto, que no pudo conocerla. (C. C. S.)

SCADUTO, G.: «L'impegno ad adempiere l'altru debito tra promessa di pagamento ed espromissione», *NGCC*, 2024, núm. 3, pp. 642-651.

Análisis de la doctrina jurisprudencial sentada por la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 10 de noviembre de 2023, núm. 31296, respecto al compromiso de cumplimiento de una deuda ajena. La autora profundiza en la naturaleza de esta institución, señalando que presenta caracteres propios de la promesa de pago y de la expromisión o asunción cumulativa de deudas, así como también del aval y la promesa de hecho ajeno. (C. C. S.)

SCOGNAMIGLIO, C.: «Il risarcimento del danno e la sua prova nell'azione di classe (a proposito del c.d. Dieselgate)», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 169-179.

Ensayo sobre la prueba del daño indemnizable en acciones colectivas en defensa de consumidores a la luz de la sentencia del Tribunal de Apelación de Venecia de 16 de noviembre de 2023, núm. 2260, en el caso *Dieselgate*. El trabajo aborda las categorías de daño evento y daño consecuencia en el ámbito de las prácticas comerciales desleales, así como los daños patrimoniales y no patrimoniales resarcibles en acciones colectivas. También se detiene en la función de la responsabilidad civil en este ámbito, y se pronuncia a favor de introducir indemnizaciones que vayan más allá de la compensación del daño. (C. C. S.)

SILVESTRI, P. G.: «Condizioni generali di contratto e tutela consumeristica», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 291-297.

Análisis del auto de la *Corte di Cassazione* de 28 de septiembre de 2023, núm. 27558, que versa sobre la aplicación de la normativa general de condiciones generales contenida en el *Codice civile* a los contratos de consumo. El comentarista ensalza la decisión de la *Corte*, defendiendo que se trata de disciplinas concurrentes, y desmiente los argumentos en contra de la aplicación cumulativa de ambas regulaciones cuando se trata de contratos de adhesión entre un profesional y un consumidor. (C. C. S.)

SOSSAMON, M.: «Split the Difference: A Civilian Thesis for Punitive Damages», *Tul. L. Rev.*, 2023, vol. 98, núm. 2, pp. 219-258.

Se realiza una panorámica sobre los daños punitivos gracias a una serie de reflexiones críticas sobre varios ordenamientos, entre ellos el de los Estados Unidos de América y el de Luisiana, así como el italiano y el francés. Se observa que, para los sistemas de Derecho continental, el problema más rele-

vante se encuentra en que puede otorgarse una ganancia inesperada a la víctima cuando el daño tiene principalmente un carácter público. En efecto, y bajo la constatación que la Luisiana posee un sistema mixto, la autora plantea la remodelación de su normativa, en particular, proponiendo una nueva redacción del art. 2325 de su Código Civil. Entre otros aspectos, propone un sistema de *split-recovery*, que funcionaría como un puente entre el Derecho privado y el público; y que tendría su base en un sistema de depósito centrado en un fondo fiduciario a favor del público, en cuyo nombre se debiera relacionarse la indemnización. (A. F.)

TASSONE, B.: «Causalità, perdita di chances e danno nella ritardata diagnosi di una malattia terminale», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 141-153.

Ensayo sobre la responsabilidad médica por retrasos en el diagnóstico de enfermedades terminales. El autor analiza los problemas de causalidad, contrastando los supuestos en los que el fallecimiento depende del error médico y en que era inevitable, así como los posibles daños que pueden apreciarse y su calificación, y los criterios que deben orientar su cuantificación. (C. C. S.)

THOMASSIN, N.: «La notification au débiteur de la subrogation (et autres opérations translatives)», *D.*, 2024, núm. 19, pp. 926-931.

La notificación al deudor de la subrogación es un aspecto crucial, ya que sin ella el deudor puede no estar informado sobre el nuevo acreedor y, por lo tanto, no podrá cumplir con sus obligaciones adecuadamente. Esta notificación es importante para que el deudor pueda efectivamente liberarse de su deuda. (R. A. R.)

TOPPETTI, F.: «La novità delle tabelle del tribunale di Roma, edizione 2023: il confronto con le tabelle milanesi e con la tabella unica nazionale», *NGCC*, 2024, núm. 3, pp. 747-757.

Reflexiones acerca de las tablas del Tribunal de Roma de 2023 para la evaluación del daño no patrimonial, contrastándola con las del Tribunal de Milán y con la Tabla Única Nacional. La autora estudia uno por uno los distintos baremos, correspondientes a distintos tipos de perjuicios, y critica la falta de uniformidad entre distintos tribunales por sus efectos perniciosos sobre la seguridad jurídica y la justicia. (C. C. S.)

VAYSSE, G.: «Les performances énergétiques des bâtiments des personnes publiques», *RDI*, 2024, núm. 2, pp. 69-77.

Los nuevos tiempos traen consigo la preocupación por los problemas medioambientales y su solución. En este artículo el autor aborda el tema de la eficiencia energética de los edificios pertenecientes a entidades públicas. (R. A. R.)

VOLPATO, A.: «Sui mobili confini dell'indennizzo da vaccinazione (raccordata)», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 70-85.

Comentario a las sentencias de la *Corte Costituzionale* de 23 de junio de 2023, núm. 129, y de 26 de septiembre de 2023, núm. 181, relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado por daño vacunal. El autor contrasta críticamente ambos pronunciamientos, que llevan a conclusiones distintas, y se pronuncia a favor de la indemnización de los daños causados por vacunas no sólo obligatorias, sino también recomendadas. (C. C. S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ANSELMO, G.: «La protezione delle opere dell'ingegno umano prodotte tramite intelligenza artificiale: verso una «misurazione ragionevole» dell'apporto creativo», *DFP*, 2024, núm. 1, pp. 213-241.

Sobre el análisis de un auto reciente de la *Corte di cassazione* italiana, el artículo se centra en el impacto de la Inteligencia Artificial en la propiedad intelectual, con especial referencia a la aplicabilidad del estatus de autor a obras generadas por sistemas de IA. (A. M. M.)

FRANCESCHELLI, V.: «Creatività e intelligenza artificiale (riflessioni sulla natura umana del diritto di autore e su una convenzione internazionale per la regolazione dell'IA)», *Dir. Aut.*, 2023, núm. 4, pp. 687-704.

El artículo se refiere a la protección de las creaciones de obras a través de sistemas de inteligencia artificial. El autor se cuestiona si las máquinas pueden crear, tarea propia del ser humano, y, en caso afirmativo, si ese producto es lo suficientemente original como para recibir la protección del derecho de autor. Las cuestiones se analizan desde el punto de vista de la IA generativa y se estudia, con especial detalle, el caso de ChatGPT. Con el fin de contestar a las cuestiones, el autor realiza un recorrido legal y jurisprudencial sobre el requisito de la «creación humana» y de la «originalidad». Por otro lado, se plantea también si el entrenamiento de estos sistemas a través de obras y prestaciones ajenas constituye o no una infracción de los derechos de propiedad intelectual que tengan sus titulares. Acaba el estudio haciendo una reflexión sobre una posible regulación futura, atendiendo a la evolución que pudiera tener la IA. (S. L. M.)

GUARNERI, A.: «Espropriazione per pubblico interesse ed usucapione: un caso che fa discutere e una questione di metodo», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 179-185.

Estudio crítico de la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* en torno a la usucapacidad de bienes expropiados. Se advierte de los pronunciamientos contradictorios de las distintas salas y se analizan sus motivaciones, para acabar abogando por su carácter usucapible con argumentos históricos y comparativos. (C. C. S.)

HOSTIOU, R.: «Loi du 9 avril 2024 sur la rénovation de l'habitat dégradé. Quoi de nouveau en matière d'expropriation?», *RDI*, 2024, núm. 6, pp. 322-335.

El autor realiza un análisis crítico sobre la Ley del 9 de abril de 2024 sobre la renovación del hábitat degradado. Esta Ley se centra en la expropiación y de otros derechos en el contexto de la mejora del urbanismo y la rehabilitación de áreas deterioradas. La Ley 2024-322, de 9 de abril de 2024, nació para acelerar y simplificar la renovación viviendas degradadas y operaciones importantes. El derecho de expropiación se incluye dentro de la planificación y busca contribuir en la lucha contra el deterioro de grandes complejos y contra las viviendas indignas. Además, la ley amplía las posibilidades de toma anticipada de posesión de bienes en el marco de la llamada «recalificación de condominios degradados»; y, establece un nuevo procedimiento, aplicable a los edificios indignos «con fines de rehabilitación», a fin de per-

mitir el recurso a la expropiación de edificios por no cumplir con los criterios de construcción, declarándolos ruinosos. (R. A. R.)

LAKSSIMI, T.: «Propriété, environnement et office du juge», *D.*, 2024, núm. 10, pp. 489-496.

El autor analiza las interacciones entre la propiedad, el medio ambiente y el papel del juez en esta temática, reflejando un enfoque jurídico contemporáneo en la relación entre el derecho de propiedad y las consideraciones medioambientales. (R. A. R.)

LAKSSIMI, T.: «Retour sur l'article 555 du code civil», *D.*, 2024, núm. 2, pp. 68-75.

El autor propone una relectura del artículo 555 del Código civil para eliminar la confusión entre el derecho de propiedad y su objeto. El artículo 555 regula la construcción en terreno ajeno. La doctrina se ha opuesto en gran medida a los dos mecanismos previstos y ha resaltado las diferencias entre estas dos técnicas (intrusión y artículo 555). Si bien es cierto que existe una cierta proximidad (construcción en terrenos ajenos, identidad de la sanción a veces mantenida [demolición]), persiste una diferencia fundamental: a diferencia del litigio por usurpación, el del artículo 555 no se ocupa nunca de cuestiones de derechos de propiedad (en el sentido de propiedad del derecho), ni sobre el terreno ni sobre la construcción, lo que cambia la comprensión de las normas que contiene. La fusión tradicional del derecho de propiedad y su objeto ciertamente puede sugerir una disputa relativa al derecho de propiedad, pero el artículo 555, en realidad, simplemente implementa mecanismos generales de equidad (responsabilidad civil y enriquecimiento injusto) sobre el objeto del derecho y no sobre el derecho en sí, incluso cuando se mantiene la demolición. (R. A. R.)

LONGHINI, S.: «La tutela del diritto di autore: dagli OTT ai sistemi di addestramento dell'intelligenza artificiale», *Dir. Aut.*, 2023, núm. 4, pp. 705-715.

El autor centra su estudio en determinar si el entrenamiento de los sistemas de IA a través de obras y prestaciones ajena, sin la autorización de sus titulares, constituye o no una infracción. Tras analizar la responsabilidad de las plataformas que permiten el intercambio de contenidos protegidos por la propiedad intelectual sin autorización de los titulares, el autor se enfoca en la excepción de minería de textos y datos, recogida en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2019/790, sobre derechos de autor y derechos conexos en el mercado único digital. Concluye apuntando que, si bien hay que aceptar el desarrollo tecnológico que supone la IA, deben adoptarse mecanismos adecuados y eficaces para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual en este entorno. (S. L. M.)

LUMINOSO, A.: «La tutela dell'acquirente di immobile soggetto ad immissioni», *RDC*, 2023, núm. 1, pp. 54-69.

Breve reflexión sobre la figura de las inmisiones y las acciones de tutela del adquirente de un inmueble sometido a inmisiones: remedios procesales frente al inmitente y frente al vendedor, como supuesto de vicios materiales. (M. R. D. R.)

MORETTI, M.: «Musica sacra e diritto di autore, música litúrgica e d'ispirazione religiosa. La tutela giuridica vaticana della "voce" del Papa e le nuove sfide legali poste dall'intelligenza artificiale», *Dir. Aut.*, 2023, núm. 4, pp. 716-733.

El objeto de estudio en este artículo es, básicamente, la protección de la música sacra a través de la Ley vaticana sobre derecho de autor (Ley de 19 de marzo de 2011, núm. CXXXII), y su utilización por parte de herramientas de IA. Sin embargo, el autor también analiza la tutela jurídica de la voz del Papa y su uso abusivo a través de dichos sistemas. Todas estas cuestiones se desarrollan teniendo presente no solamente la doctrina italiana, sino también la normativa y jurisprudencia, en especial, la relacionada con el requisito de la originalidad. (S. L. M.)

NIVARRA, L.: «Intelligenza artificiale e lesione della proprietà intellettuale», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 153-159.

Ensayo sobre los conflictos entre la inteligencia artificial y los derechos de propiedad intelectual. El autor aborda tanto las infracciones que pueden cometerse en el entrenamiento de aquellos sistemas como las que pueden resultar de las creaciones generadas por inteligencia artificial, y concluye advirtiendo de la crisis que supone esta tecnología para el derecho de autor, así como de la necesidad de repensarlo en profundidad. (C. C. S.)

PIAIA, F.: «Il problema della rinuncia alla proprietà immobiliare alla vigilia delle Sezioni Unite», *NGCC*, 2024, núm. 3, pp. 527-536.

Comentario al auto del Tribunal de L'Aquila de 15 de enero de 2024, por el que se remite una cuestión prejudicial a la *Corte di Cassazione* sobre la admisibilidad de la renuncia abdicativa al derecho de propiedad inmobiliaria. El autor analiza críticamente las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto, y concluye ofreciendo una solución alternativa centrada en el abuso de derecho como límite al abandono de derechos sobre inmuebles. (C. C. S.)

POLLAUD-DULIAN, F.: «Le pastiche en quête de sens. À propos des nouvelles questions préjudiciales dans l'affaire Pelham», *D.*, 2024, núm. 23, pp. 1138-1143.

El problema de la imitación de una obra en la propiedad intelectual. El autor se plantea si puede considerarse una excepción al derecho de adaptación. (R. A. R.)

POZZANA, D.: «L'adaptation du droit à la réversibilité des bâtiments», *RDI*, 2024, núm. 2, pp. 64-68.

La reversibilidad de los edificios en Francia se centra en la capacidad de transformar un edificio para cambiar su uso sin tener que derribarlo y reconstruirlo. Esta noción se ha visto reforzada por medidas legales, en particular la Ordenanza de 2013, que tiene como objetivo facilitar esta adaptación. Sin embargo, el potencial de reversibilidad aún es limitado y se están realizando esfuerzos para incorporar el diseño de edificios reversibles para reducir los costos y el impacto ambiental. El autor se centra en la capacidad de modificar o revertir el uso de un edificio según las necesidades cambiantes. Este concepto es cada vez más relevante en el contexto de la construcción sostenible y busca abordar las restricciones económicas y normativas que pueden surgir. (R. A. R.)

RESTA, G.: «Il problema della rinunzia allá proprietà immobiliare nella prospettiva del diritto comparato», *RDC*, 2023, núm. 2, pp. 261-290.

Reflexión sobre las figuras de la renuncia y el abandono de derechos reales, en concreto, de la propiedad plena, con análisis de Derecho comparado francés, alemán y anglosajón. (*M. R. D. R.*)

TIXIER, J. L.: «L'adaptation d'un bail emphytéotique ou à construction à la lumière du droit réel de jouissance spéciale», *RDI*, 2024, núm. 5, pp. 256-261.

El Tribunal de Casación admitió, en su sentencia de 31 de octubre de 2012 *Maison de Poésie*, que se puede libremente, con sujeción a las normas de orden público, constituir derechos reales de disfrute especial. Esto ha planteado diversas cuestiones como: ¿Cuáles son los límites del espacio de libertad así abierto? ¿Puede tal derecho revestir la forma de un arrendamiento de larga duración o de construcción, despojado de uno de sus atributos esenciales o enriquecido con atributos incompatibles con este tipo de arrendamiento? El autor analiza la adaptación del arrendamiento a largo plazo analizando las cuestiones y consideraciones clave necesarias para esta forma de contrato. Aborda las rigideces que pueden existir en el dispositivo y cómo estas pueden no satisfacer las necesidades de los propietarios. (*R. A. R.*)

TRICOIRE, J. Ph.: «Focus sur la retenue de garantie», *RDI*, 2024, núm. 5, pp. 262-279.

La retención de garantía, regulada en una ley de 1971, es una cláusula contractual que limita el importe que puede retener el titular del proyecto al 5% del importe total (incluidos impuestos) del contrato de obras. Su finalidad es garantizar el pago al tiempo que regula las relaciones entre las partes. La retención permite garantizar la correcta ejecución de las obligaciones contractuales por el contratista. Es decir, cubre las reservas al recibir la obra o durante el período de garantía, ejerciendo presión sobre el contratista, que sólo recibirá esta suma si no hay quejas del cliente contratista por mala mano de obra. (*R. A. R.*)

YATERA, A.: «La nouvelle procédure de saisie des rémunérations ou une nouvelle mesure d'exécution mobilière extrajudiciaire ?», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 5, pp. 13-16.

Más allá de haber confiado su implementación a los comisionados de justicia, la nueva ley de programación de la justicia estableció la activación extrajudicial del embargo de remuneraciones. En consecuencia, puso fin a la obligación de requerir autorización judicial previa. La obligación de remitir la cuestión al juez de ejecución, que tradicionalmente incumbía al acreedor en la apertura de esta medida, desaparecerá en cuanto entre en vigor la reforma, y corresponderá al deudor objeto del embargo remitir la cuestión a dicho juez. (*R. A. R.*)

DERECHO DE FAMILIA

AA.VV.: «Discussioni: Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale», *NGCC*, 2024, núm. 3, pp. 696-724.

En la segunda parte de este número, bajo la rubrica «Discusiones», varios autores comentan las sentencias del Pleno de la *Corte di Cassazione* de 18

y 27 de diciembre de 2023, núm. 35385 y 35969, respectivamente. Se trata de diversas reflexiones que, tomando como punto de referencia si la convivencia *more uxorio* debe tenerse en cuenta al calcular la duración del matrimonio o unión civil a efectos de determinar la pensión compensatoria, abordan también cuestiones tales como la progresiva homogeneización de estas instituciones, la función perseguida por aquella pensión, o la importancia de los sacrificios realizados por los componentes de la pareja para su fijación. (C. C. S.)

AA.VV.: «États généraux du droit de la famille et du patrimoine», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. hors-série 2, 9 avril 2024.

Entre otros, estudios sobre la actualidad legislativa y jurisprudencial de la materia por J. Houssier; consecuencias patrimoniales del divorcio internacional por Tim Amos, Marina Blitz, Katell Drouet-Bassou, Isabelle Rein-Lescastereyres; ejecución de decisiones familiares por Alice Meier-Bourdeau, Sylvain Dorol, Cyril Roth; audiencia para resolución amigable por Hélène Moutardier, Jean-Paul Besson; protección con representación personal del art. 459.2 del CC por Gilles Raoul-Cormeil; la adopción hoy por Nathalie Baillon-Wirtz, Kristell Compain-Lecroisey, Charlotte Girault; el derecho de propiedad y su desmembración por Rama Chalak, Guillaume Gombeaud, Sandie Lacroix-de Sousa; la prestación compensatoria por Céline Dazzan, Gilles de Courcel, Dominique Piwnica; los seguros de vida en la sucesión por Nicolas Graftieaux, Marie Damourette, Séverine Tamburini; los casos de violencia intrafamiliar por Olivier Matocq, Audrey Decroix, Emmanuelle Goby. (R. A. R.)

ALEMANNO, R.: «Decesso del coniuge e sorte della domanda di riconoscimento o revisione dell’assegno divorzile», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1459-1479.

Con ocasión del comentario de dos sentencias de la *Corte di cassazione*, el artículo se centra en qué ocurre con las reclamaciones patrimoniales realizadas en el contexto de un proceso de divorcio cuando fallece uno de los cónyuges pendiente la sentencia. El autor expone los argumentos a favor de la continuación del proceso en ciertos casos. (A. M. M.)

ATTOLINO, S.: «Relazioni umane, fede e tecnologie: il nuovo volto digitale della famiglia», *DFP*, 2024, núm. 1, pp. 242-262.

La autora se centra en analizar las transformaciones que ha experimentado la institución de la familia ante la llegada de las nuevas tecnologías. Aunque se examina para ello tanto la jurisprudencia canónica sobre el matrimonio religioso que ha elaborado nuevas hipótesis de invalidez del vínculo, como la jurisprudencia civil en materia de responsabilidad parental, debe advertirse que se formulan propuestas basadas fundamentalmente en criterios religiosos. (A. M. M.)

BUGETTI, M. N.: «Le S.U. negano il diritto del coniuge divorziato a percepire il 40% dell’incentivo all’esodo», *NGCC*, 2024, 3, pp. 618-629.

Estudio sobre la calificación del incentivo a la dimisión percibido por uno de los cónyuges como bien común o privativo, con ocasión de la sentencia del Pleno de la *Corte di Cassazione* de 7 de marzo de 2024, núm. 6229. La autora analiza la jurisprudencia sobre la indemnización por despido y concluye que el fundamento de calificarla como bien común radica en el principio de solidaridad, para luego descartar que este argumento pueda extenderse

a los incentivos económicos que el empleador ofrece a uno de los cónyuges para que dimita de su puesto de trabajo. (C. C. S.)

CORDIANO, A.: «La Cassazione sull'affido ai servizi sociali: ricostruzione di un istituto a morfologia variabile», *NGCC*, 2024, núm. 3, pp. 630-641.

Estudio sobre la intervención de los servicios sociales en las relaciones familiares con ocasión del auto de la *Corte di Cassazione* de 21 de noviembre de 2023, núm. 32290. La autora apunta a la variedad en la configuración de estas medidas, dado lo heterogéneo de las situaciones a las que puede obedecer, y distingue entre la intervención por adición, donde los servicios sociales prestan apoyos a la familia, y por sustracción, cuando sustituyen a los padres en el ejercicio de ciertas facultades sobre el menor. (C. C. S.)

DONZELLI, R.: «La consulenza tecnica d'ufficio in materia familiare e minore», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1723-1762.

El artículo estudia de forma crítica el asesoramiento técnico que se lleva a cabo en los procesos de familia y de menores, intentando poner de relieve los diferentes aspectos de esta actividad que están necesitados de mejora y sugiriendo posibles soluciones a la luz de la reforma del proceso civil italiano. (A. M. M.)

FASSASSI, T.: «La loi sur la garantie du respect du droit à l'image des enfants: entre sensibilisation et innovation», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 17, pp. 14-17.

La trivialización de la distribución en línea de imágenes de niños por parte de sus padres plantea nuevos desafíos con respecto a la preservación de la privacidad personal del niño. Ante los riesgos de apropiación indebida y cibercoso, el legislador se esfuerza por adaptar el Derecho positivo para preservar la integridad de la vida privada de los jóvenes. La aprobación de la ley del 19 de febrero de 2024 sobre los derechos de imagen del niño es un paso significativo en este enfoque. Esta ley intenta conciliar los imperativos de protección de la privacidad de los menores con los derechos legítimos de los padres, en lo que respecta a los usos mediáticos contemporáneos. (R. A. R.)

GAMALEU KAMENI, Ch.: «Regard d'un praticien sur le mariage des majeurs protégés», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 19, pp. 13-15.

Ya sean mayores de edad capaces o mayores de edad protegidos, todas las personas naturales tienen libertad para contraer matrimonio. En particular respecto de los adultos protegidos, su libertad para contraer matrimonio fue revisada por ley de 23 de marzo de 2019. A partir de ahora, previa a la celebración nupcial, la autorización del juez encargado de las tutelas se sustituye por la información del representante judicial para la protección de los adultos. (R. A. R.)

GIACOBBE, E.: «Marketing, società, diritto: evoluzione, involuzione o confusione dei modelli familiari?», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1782-1806.

Se realiza un estudio de la evolución de los modelos familiares, que pone en comparación su imagen y regulación legal, fundada en el matrimonio, con su realidad actual. Ello lleva a una valoración crítica de la regulación actual de esta institución central del ordenamiento. (A. M. M.)

GRASSO, A. G.: «La Corte costituzionale “apre” all’adozione aperta», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 320-339.

Estudio acerca de la adopción abierta en Italia, a partir de la sentencia de la *Corte costituzionale* de 28 de septiembre de 2023, núm. 183. El autor examina el peso que el juez debe dar al derecho del menor a mantener las relaciones afectivas con su familia de origen al tomar decisiones relativas a aquel, pero advierte de los problemas que pueden derivar de extinguir los vínculos jurídicos al tiempo que se mantiene el contacto entre el menor y sus progenitores. A modo de conclusión, propone que la institución se aplique con cautela. (C. C. S.)

GUIGUET-SCHIELÉ, Q.: «La nouvelle justice patrimoniale civile au sein de la famille», *D.*, 2024, núm. 26, 1290-1295.

El autor analiza la reforma del artículo 265 del Código civil francés. Para ello analiza el proyecto de ley aprobado el 18 de enero de 2024, destinado a garantizar la justicia patrimonial en el seno de la familia en los términos de un procedimiento acelerado. El texto pretende regular mejor las consecuencias de una separación de pareja en caso de violencia doméstica y prevé privar automáticamente al cónyuge condenado por el asesinato de su cónyuge del beneficio de las ventajas matrimoniales incluidas en el contrato de matrimonio. (R. A. R.)

LI POMI, M.: «L’adozione del maggiorenne: riflessioni a margine del processo di graduale erosione dell’art. 291 c.c.», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1821-1855.

El artículo lleva a cabo una visión crítica de la fenomenología y aplicación real de la adopción de adulto en el sistema italiano. Se analizan los orígenes y evolución de esta figura, así como las condiciones bajo las que se puede aplicar, teniendo en cuenta la interpretación de la jurisprudencia. El autor formula propuestas que permiten reactivar e incrementar su aplicación. (A. M. M.)

LI POMI, M.: «Appunti e spunti all’esito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 291, comma 1, c.c.: l’applicazione del «limite mobile» di età per derogare alla differenza di 18 anni tra adottante e adottando», *DFP*, 2024, núm. 1, pp. 3-37.

El autor vuelve sobre la cuestión de la adopción de adulto y analiza los requisitos que deben entenderse actualmente subsistentes en relación con este tipo de adopción, tras la reciente sentencia del Tribunal Constitucional italiano del año 2024. Se interpreta la normativa subsistente, así como la idea del «límite móvil de edad» introducido por la jurisprudencia. (A. M. M.)

MARINI, R.: «Diritto di famiglia ed emergenza giustizia», *DFP*, 2024, núm. 1, pp. 476-482.

Se trata de un trabajo centrado fundamentalmente en el análisis de los principales problemas de que adolece el sistema de justicia italiano y las soluciones que ha propuesto el legislador para solventarlos. El enfoque de los problemas existentes presta especial atención al Derecho de familia. (A. M. M.)

MAUCERI, T.: «Adozione di maggiorenne e sindacabilità del dissenso del figlio dell'adottante», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 271-279.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Apelación de Cagliari de 9 de mayo de 2023, que aborda la posibilidad de que los hijos del adoptante se opongan a la adopción. El caso analizado presenta además la particularidad de que la adoptanda era mayor de edad y de que a la adoptante se le constituyeron medidas de apoyo durante la tramitación del proceso de adopción. El autor analiza los presupuestos de la adopción del mayor de edad, de un lado, y en qué supuestos la oposición de los hijos puede ser legítima, de otro. (C. C. S.)

MILAZZO, R.: «Avverso il riconoscimento della madre d'intenzione: procedimento di rettificazione o azione di stato?», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1638-1666.

Considerando la inadmisibilidad en el ordenamiento italiano del establecimiento de una relación de filiación entre la madre de intención y el sujeto nacido tras el uso de técnicas de reproducción asistida por parte de una pareja de mujeres en el extranjero, se analiza cuál debe ser la vía jurídica para eliminar el reconocimiento de la madre de intención contenida en los registros. (A. M. M.)

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «La filiazione affettiva e il limite dell'*imitatio naturae* nell'adozione del maggiorenne», *NGCC*, 2024, núm. 3, pp. 554-565.

Ensayo sobre la adopción de mayores de edad al hilo de la sentencia de la *Corte costituzionale* de 18 de enero de 2024, núm. 5. El autor analiza el papel del juez en el proceso, subrayando la «relación filial de hecho» y la conveniencia de la adopción para el adoptando como elementos centrales de esta institución; para concluir refiriéndose a los posibles abusos que puede entrañar la adopción de un mayor de edad. (C. C. S.)

PISU, A.: «La gestazione per altri: problemi e prospettive tra pregiudizi e complessità», *DFP*, 2024, núm. 1, pp. 374-407.

El trabajo analiza la gestación por cuenta ajena en clave crítica. La autora examina detenidamente la regulación italiana al respecto, así como los argumentos de la jurisprudencia para negar el reconocimiento automático de la relación de filiación de los nacidos en el extranjero por gestación por sustitución. (A. M. M.)

QUADRI, E.: «Obbligazione, obblighi e doveri nelle relazioni familiari», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 225-242.

Ensayo sobre las relaciones de familia desde la óptica del Derecho, en el cual se abordan sistemáticamente los deberes familiares —y su carácter jurídico o no— y las obligaciones que pueden surgir entre parientes. El autor destaca el «principio del acuerdo» como máxima organizativa de la vida familiar y examina cuándo es posible la intervención judicial, así como las consecuencias de infringir aquellos deberes y el resarcimiento de los daños. (C. C. S.)

RABREAU, A.: «L'entrepreneur individuel marié et commun en biens: quel droit de gage pour les créanciers du couple?», *D.*, 2024, núm. 1, pp. 28-33.

Problemas jurídicos para los acreedores cuando el empresario individual está casado en régimen de comunidad de bienes. ¿Pueden éstos alegar alguna garantía para el cobro de sus créditos? (*R. A. R.*)

RINALDO, M.: «La parità tra i modelli familiari. Un obiettivo lontano per la convivenza di fatto», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1877-1915.

El trabajo pone en comparación los tres modelos de familia contemplados en el ordenamiento italiano: el matrimonio, la unión civil y la convivencia de hecho. Sobre la consideración de su desigual regulación, se examina de forma crítica cómo estas desigualdades traen como consecuencia la falta de un concepto unitario de familia, con las consecuencias que ello conlleva. (*A. M. M.*)

ROMA, U.: «Precisazioni della Cassazione sull'onere probatorio per il prelievo di denaro personalissimo nella comunione legale», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 119-131.

Ensayo sobre el régimen económico matrimonial de *comunione legale*, al hilo de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 13 de julio de 2023, núm. 20066. El foco del trabajo se pone en el dinero personalísimo de uno de los cónyuges depositado en una cuenta común, analizando la presunción de pertenencia a la comunidad de los bienes muebles y las dificultades de la prueba en contrario. (*C. C. S.*)

RUSSO, T. V.: «Il *trust* prematrimoniale e il *trust* endomatrimoniale», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 457-464.

Ensayo sobre el encaje del *trust* en Italia a raíz del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, sobre la ley aplicable al trust y su reconocimiento, con especial atención al *trust* prematrimonial y endomatrimonial (*i. e.*, pactado durante el matrimonio). El autor analiza su regulación y destaca puntos de fricción con principios inderogables del ordenamiento italiano, pero también apunta a su utilidad en el ámbito familiar. En particular, propone que puede ser una herramienta apta en supuestos de crisis matrimonial, para facilitar la separación y administración del patrimonio. (*C. C. S.*)

SCOTT, R.: «New Reproductive Technologies and Genetic Relatedness», *Mod. L. Rev.*, 2024, vol. 87, núm. 2, pp. 280-316.

Analizando las tecnologías de reproducción asistida (TRA) y su tratamiento en la legislación británica, la autora aborda algunos argumentos morales y jurídicos a favor de la legalización de la gametogénesis *in vitro* (IVG), siempre y cuando se considere suficientemente segura; y trata las implicaciones de los derechos a la vida privada y familiar y a la no discriminación. En este sentido, se reflexiona también sobre los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, observando cómo todo ello debe armonizarse de manera oportuna con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (*A. F.*)

SPADAFORA, A.: «Dalla dissolubilità dei rapporti familiari all'indissolubilità dei rapporti patrimoniali inter partes: ultimo atto?», *DFP*, 2024, núm. 1, pp. 428-449.

El autor se centra en el análisis del creciente valor que se otorga por parte de la jurisprudencia a la protección del sujeto más débil en el contexto de la crisis matrimonial, sobre la idea de solidaridad, y que se refleja en medidas tales como la valoración de la convivencia prematrimonial a efectos de establecer una compensación igualadora entre los excónyuges. Ante la insuficiente regulación al respecto, se formulan propuestas que doten de razón de ser a dichas corrientes protectoras. (A. M. M.)

TOLA, M.: «Sulla incostituzionalità della disciplina dei diritti del convivente nell'impresa familiare: questioni fondate e questioni mal poste», *NGCC*, 2024, núm. 3, pp. 566-585.

Estudio sobre la posibilidad de extender retroactivamente la regulación de la «empresa familiar» en casos de convivencia *more uxorio* a supuestos previos a la reforma que introdujo esta opción. La autora aborda críticamente los problemas interpretativos que presenta el caso a la luz del auto del Pleno de la *Corte di Cassazione* de 18 de enero de 2024, núm. 1900, y sostiene que quien opta libremente por una relación de hecho en vez de por el matrimonio no debería verse constreñido por la regulación del segundo. (C. C. S.)

TROIANO, S.: «Automatismo vs. libertà di scelta nella determinazione del cognome dell'adottato», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 340-355.

Estudio que, tomando como punto de partida la sentencia de la *Corte costituzionale* de 4 de julio de 2023, núm. 135, examina la normativa sobre determinación de los apellidos de los hijos, en general y en el caso particular de la adopción de un mayor de edad. El análisis profundiza en el valor del apellido y el derecho a la identidad personal, así como en el papel del consenso y la autonomía privada de los padres y de los hijos en su fijación, y critica que el sistema no siempre aplica estos principios de forma coherente. (C. C. S.)

DERECHO DE SUCESIONES

CESCON, G.: «La rinuncia all'azione di riduzione quale donazione indiretta», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 111-118.

Ánalisis del auto de la *Corte di Cassazione* de 28 de julio de 2023, núm. 23036, que examina la calificación de la renuncia a las acciones de defensa de la legítima como donación indirecta. El comentarista analiza los presupuestos de ambas para demostrar que son compatibles, y concluye que la calificación debe atender al verdadero propósito perseguido con la renuncia. (C. C. S.)

D'AVINNO, F.: «Trust inter vivos discrezionale e tutela dei legittimari», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1480-1511.

El artículo analiza una suerte de fideicomiso o *trust inter vivos* de carácter voluntario, que impone una restricción sobre la cuota del patrimonio del disponente, futuro causante, reservada a los legitimarios. Se estudian en profundidad sus límites y posibles obstáculos, así como sus beneficios. (A. M. M.)

ROMA, U.: «Accettazione tacita di eredità dell'amministratore di sostegno per il beneficiario incapace?», *DFP*, 2023, núm. 4, pp. 1916-1930.

Este trabajo se centra en cómo debe llevarse a cabo la aceptación de la herencia cuando el heredero es incapaz y debe aceptar a través de representante. Se indaga especialmente en la posibilidad de llevar a cabo una aceptación tácita y en los requisitos y condiciones bajo las que ésta sería posible. (*A. M. M.*)

TROIANO, S.: «Sostituzione fedecommissaria e nuove forme di assistenza al familiare debole: l'amministrazione di sostegno», *DFP*, 2024, núm. 1, pp. 450-475.

El autor examina la sustitución fideicomisaria como posible instrumento que puede beneficiar a familiares con discapacidad. A juicio del autor, las principales dificultades surgen para los supuestos en que tales personas no tengan nombrado todavía representante, lo que dificulta el uso del fideicomiso como vía de planificar el apoyo financiero continuo que precisan. (*A. M. M.*)

VARIA

AA.VV.: «Nouvelles technologies: Des horizons élargis pour le juriste?», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. hors-série 3, 25 juin 2024.

Estudios de diversos autores sobre, entre otros temas, el impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico: impacto en la acción pública, por P. Moscovici; la inteligencia artificial en la justicia y su influencia en el abogado por Ch. Féral-Schuhl; creación intelectual y nuevas tecnologías por F. Papa Techera; dominio de nuevas tecnologías y su evolución en la enseñanza, por F. Girard; desmaterialización del proceso con las notificaciones electrónicas por C. Bléry; el volumen de las cifras de negocio y la ruptura de relaciones por J. Lévy Véhel; reglamento sobre servicios digitales (DSA) por E. Netter; seguro de pagos por J. Morata; utilización transparente de nuevas tecnologías por A. Piniot. (*R. A. R.*)

BAU, Ph.: «L'expert-médiateur ou le médiateur-expert: un oxymoron?», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 4, pp. 17-20.

Los objetivos del peritaje y de la mediación son casi opuestos. Sin embargo, la doble jurisdicción puede resultar útil para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo. (*R. A. R.*)

BENSAMOUN, A., MASMI-DAZI, F.: «Intelligence artificielle: pour l'émergence d'un écosystème européen éthique et compétitif», *JCP G*, 2024, núm. 3, § 101.

En el momento de la última ronda de consultas sobre el proyecto europeo para regular la inteligencia artificial (IA), los autores analizan los grandes problemas jurídicos entre los países para una aprobación del texto. (*R. A. R.*)

COUSIN, C., MORON-PUECH, B.: «La réparation des victimes de violences sexuelles par la Commission de Reconnaissance et réparation», *D.*, 2024, núm. 9, pp. 430-436.

Análisis sobre la Comisión de Reconocimiento y Reparación de víctimas de violencia sexual realizado por una persona religiosa. La comisión tiene como objetivo apoyar en su proceso de reconocimiento y reparación a cualquier persona víctima de violencia sexual cometida por un religioso o una religiosa, miembro de un instituto CORREF, o por un miembro de una asociación de fieles y una institución que lleva vida en común y está afiliada voluntariamente a la CRR —sin necesidad de afiliarse a la CORREF-. La CRR tiene competencia, independientemente de la nacionalidad de la víctima, para todos los presuntos actos cometidos en el territorio nacional o en el extranjero. (R. A. R.)

CUSSAC, A.: «La figure du magistrat du parquet dans les séries et les films: anatomie d'un personnage malmené», *D.*, 2024, núm. 20, pp. 980-983.

La acusación o «fiscal público» se refiere a los magistrados cuya misión es solicitar la aplicación de la ley y ejercer la acción penal en nombre del interés público. El autor analiza cómo se representa la figura del magistrado en series y películas. La obra examina la anatomía de este personaje y cómo suele ser retratado de manera complicada en los medios audiovisuales. (R. A. R.)

DARDENNE, A.: «Vent nouveau sur le statut de l'expert judiciaire», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 23, pp. 15-17.

La pericia judicial está experimentando un renovado interés impulsado por la jurisprudencia del Tribunal de Casación y las instituciones europeas. Estos cambios están avanzando gradualmente hacia un estatus europeo para los peritos judiciales y una base común de reglas sobre los requisitos profesionales y éticos esperados. (R. A. R.)

GALLARDO, E.: «“Jeux d’enfants” ou de la lutte contre le harcèlement scolaire», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 15, pp. 10-13.

Fenómeno identificado tardíamente en Francia, el acoso escolar está tipificado como delito de forma independiente desde la ley del 2 de marzo de 2022. Apoyándose en la función expresiva del derecho penal, la creación de este delito plantea interrogantes sobre los límites del poder de incriminación y de la intervención judicial. en el ámbito de la Educación Nacional. (R. A. R.)

HARPER, V.: «Beyond Transplant: A Network Innovation Model of Transnational Regulatory Change», *Am. J. Comp. L.*, 2023, vol. 71, núm. 3, pp. 513-567.

La autora propone un replanteamiento conceptual dentro del Derecho Comparado, en relación con la innovación jurídica transnacional. Considera que los retos emergentes requerirán una innovación jurídica y política más rápida y eficaz, impulsada por experimentos en jurisdicciones de todo el mundo y no solamente de aquellas que tradicionalmente han promovido los cambios, como son las que derivan de las fuentes occidentales. Se considera que el cambio normativo transnacional sigue, cada vez, más un modelo de innovación en red y que es necesaria una comprensión más profunda de los factores que facilitan la innovación en red, en una óptica transnacional. Si bien esta comprensión no siempre puede resultar fácil, indudablemente, con-

tribuirá al replanteamiento de algunos aspectos relativos a los trasplantes jurídicos. (A. F.)

HOEPFFNER, H., ROTOUILLIÉ, J. Ch.: «La loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte», *RDI*, 2024, núm. 1, pp. 8-17.

La ley núm. 2023-973, promulgada el 23 de octubre de 2023, se refiere a la industria verde en Francia. Esta legislación aborda modificaciones legales y tiene implicaciones en el ámbito del desarrollo sostenible y la regulación ambiental. Los autores analizan su alcance. (R. A. R.)

HUSA, J.: «Comparative Law and Christianity—A Plank in the Eye?», *Oxford J. Legal Stud.*, 2024, vol. 44, núm. 1, pp. 54-73.

La finalidad del autor es concienciar de que la religión debe jugar un papel relevante en la conceptualización del Derecho comparado, ya que, indudablemente, la religión y los aspectos relacionados con ella han influido e influyen en las políticas legislativas y en el Derecho. Por ello, se sostiene que el jurista debe ir más allá del concepto de «Derecho religioso» y de las clasificaciones por familias que, bajo la vertiente macro comparada, pueden realizarse, debiéndose repensar con más profundidad y solidez las bases sobre las que se soporta la comparación jurídica y el Derecho hasta ahora. Todo esto deberá también generalizarse a la praxis del jurista occidental, el cual deberá operar desde una perspectiva más introspectiva. (A. F.)

JOURDAN-MARQUES, J.: «Le législateur torpille les jurisprudences INSERM et SMAC», *D.*, 2024, núm. 26, pp. 1296-1300.

El autor se muestra crítico con la postura del legislador que ha afectado negativamente las jurisprudencias establecidas por INSERM y SMAC, sugiriendo un cambio significativo en el marco legal y judicial relacionado. (R. A. R.)

MAISONNAS, J. P.: «Le calvaire de l'avocat-administrateur d'un cabinet», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 10, pp. 17-20

«Cuando las armas hablan, la ley calla» (traducción muy extendida de *silent leges inter arma*). A pesar del respeto debido a este gran abogado que fue Cicerón, está claro que se equivocó. De hecho, hay circunstancias en las que, sin armas, la ley permanece en silencio. Los abogados se ven reducidos a lo que aborrecen: la improvisación. Éste es el caso de una institución poco conocida y poco enseñada, la condición de sustituto o administrador de la oficina de un colega. ¿Cómo llegamos allí? (R. A. R.)

RICHEFEU, L.: «Loi Abitbol renforçant la protection des mineurs et l'honorabilité dans le sport: un (petit) pas en attendant le grand saut?», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 20, pp. 16-19.

La Ley núm. 2024-201, de 8 de marzo de 2024, conocida como ley Abitbol, tiene como principal objetivo reforzar el control de la honorabilidad de determinados actores deportivos y establecer nuevas obligaciones de presentación de informes para las federaciones y los operadores de establecimientos deportivos. Sin embargo, esta nueva ley, que se enmarca en el objetivo actual de luchar mejor contra la violencia sexual en el deporte, plantea ciertas dificultades en términos de su aplicación; Dificultades que ponen de relieve los desafíos pendientes para mejorar la prevención y la represión de la violencia en el deporte.

DERECHO MERCANTIL**PARTE GENERAL. EMPRESA**

ANGEI, S.: «Sostenibilità e libertà di iniziativa economica. Limiti costituzionali e sovranazionali», *NGCC*, 2024, núm. 3, pp. 730-736.

Reflexiones acerca de la reforma de 2022 del artículo 41 de la Constitución italiana, a partir de la cual se establece que la libertad de empresa no puede atentar contra el interés social, la salud, el medioambiente, la seguridad, la libertad y la dignidad humana. El autor se plantea cómo definir el fin social de las empresas a raíz de este cambio, la importancia de la sostenibilidad y la responsabilidad social, y la influencia de la normativa europea en esta revolución normativa. (C. C. S.)

LAMBERT, Th.: «Vente en ligne et réseaux de distribution: une liberté des distributeurs (encore) à conquérir», *D.*, 2024, núm. 25, pp. 1246-1250.

El autor se manifiesta a favor de una mayor libertad para la distribución de los bienes vendidos *online* frente a la competencia de las empresas. (R. A. R.)

SÉJEAN, M.: «Animation d'une chaîne de commerce illicite sur Telegram: est-ce un délit d'administration de plateforme en ligne ?», *D.*, 2024, núm. 22, pp. 1086-1091.

Actualmente, Telegram se ha convertido en uno de los medios para la venta de todo tipo de productos, no sólo lícitos, sino también ilícitos. El autor analiza si la publicidad y venta de estos productos en la red es o no un acto delictivo. (R. A. R.)

STOFFEL, J. N., WATRIN, L.: «Focus sur les premières décisions relatives au nouveau statut d'entrepreneur individuel», *Gaz. Pal.*, 2024, núm. 18, pp. 14-17.

Desde hace casi dos años, el nuevo estatuto de empresario individual se aplica automáticamente a cualquier persona física que realice una actividad económica independiente en nombre propio. Este estudio tiene como objetivo examinar las primeras decisiones dictadas en la materia. (R. A. R.)

DERECHO DE SOCIEDADES

ALFONSI, D.: «Clausola risolutiva expressa e condizione di inadempimento nel conflitto tra acquirenti di quote di s.r.l.», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 102-111.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 3 de marzo de 2023, relativa a la aplicación del principio de prioridad registral como criterio de resolución de conflictos en casos de doble transmisión de participaciones sociales. El análisis pivota sobre si la inscripción de un embargo preventivo contra el titular de unas participaciones despliega este efecto, y si debe preverse sobre el derecho de quien reclamó la restitución de estas participaciones sin llegar a inscribir su derecho. (C. C. S.)

CORAZA, F.: «Società Benefit, discrezionalità e limitazione della responsabilità degli amministratori», *NLCC*, 2024, núm. 2, pp. 498-513.

Reflexiones sobre las sociedades Benefit, tras la entrada en vigor, en 2021, del *Codice di Corporate Governance*: ampliación del objeto social e instrumentos operativos, y la responsabilidad de los administradores para alcanzar los fines societarios con beneficios sociales. (*M. R. D. R.*)

TORMEN, L.: «La Cassazione sgombera il campo da ogni dubbio sulla validità della clausola di roulette russa nei patti parasociali», *NGCC*, 2024, núm. 1, pp. 85-102.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 25 de julio de 2023, núm. 22375, relativa a la validez de las cláusulas de «ruleta rusa» en pactos parasociales. El comentarista celebra la claridad de la sentencia, que despeja las dudas de su validez desde distintas perspectivas, aunque echa en falta su análisis desde la perspectiva de los límites a la transmisibilidad de las participaciones sociales. (*C. C. S.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

CONTRATOS MERCANTILES

DERECHO CAMBIARIO

DERECHO CONCURSAL

BARACHINI, F.: «Il piano di ristrutturazione soggetto a omologa e le nuove regole di distribuzione del valore dell'impresa in crisi», *NLCC*, 2024, núm. 2, pp. 267-304.

Observaciones sobre la reestructuración de la empresa en concurso de acreedores, sus condiciones y límites y la posibilidad de derogar el tradicional régimen distributivo de valores en las empresas en crisis, tras la Directiva (UE) 2019/1023. *Insolvency*: ámbito de aplicación y cuestiones problemáticas. (*M. R. D. R.*)

CAMPESTRIN, M.: «Le compte de cantonnement d'actifs numériques: une nouvelle exigence pour les émetteurs», *D.*, 2024, núm. 9, pp. 437-440.

La cuenta de protección de activos digitales como requisito impuesto hace casi doce años a los emisores de criptomonedas con el fin de proteger a los usuarios en caso de quiebra de los emisores. (*R. A. R.*)

JOUIN, C., SAUTONIE-LAGUIONIE, L.: «Pour une nouvelle approche de l'accompagnement des entreprises en difficulté à l'aune de la RSE», *D.*, 2024, núm. 3, pp. 122-129.

Los autores se muestran partidarios de buscar soluciones particulares para cada empresa en caso de problemas económicos. (*R. A. R.*)

KAIGL, C.: «Le juge-commissaire et la cession du bail commercial du débiteur en liquidation judiciaire», *D.*, 2024, núm. 6, pp. 268-274.

En caso de liquidación judicial, la transmisión del derecho de arrendamiento, solo o incluido en la actividad empresarial del deudor, autorizada por el síndico, se realiza en las condiciones previstas por el contrato en la fecha de la sentencia de apertura. Por lo tanto, el arrendador puede invocar la cláusula del contrato de arrendamiento que prevé la aprobación del cesionario. (*R. A. R.*)

KENDÉRIAN, F.: «Le transfert au tribunal des activités économiques du contentieux du bail commercial en lien avec les procédures collectives: une fausse bonne idée», *D.*, 2024, núm. 3, pp. 130-135.

Estudio a propósito del artículo 26 de la ley 2023-1059 del 20 de noviembre 2023, sobre la programación del ministerio de justicia 2023-2027 en materia de procedimientos colectivos de insolvencia. (*R. A. R.*)

SARTOR, A.: «Fallimento in estensione e associazioni non riconosciute», *NGCC*, 2024, núm. 2, pp. 280-290.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 28 de junio de 2023, núm. 23896, relativa a la responsabilidad de quien actúa en nombre y por cuenta de una asociación no reconocida legalmente. El estudio se centra en la posibilidad excepcional de extender automáticamente el concurso de la asociación a aquellos socios que tienen responsabilidad ilimitada, contemplada por la *Legge fallimentare* italiana para las sociedades, además de plantearse si hoy se puede llegar a la misma solución a través del *Codice della crisi d'impresa*. (*C. C. S.*)

DERECHO DE LA COMPETENCIA

NASO, N. M.: «Le regole del gioco (della concorrenza): quale impatto sui poteri delle federazioni sportive?», *NGCC*, 2024, núm. 3, pp. 666-675.

Artículo acerca de la competencia desleal en el campo de las federaciones deportivas a la luz de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011. El autor examina los argumentos que justifican someter este tipo de entes a la normativa *antitrust* europea, explicando que el Tribunal de Justicia ha matizado su jurisprudencia, de tal modo que sólo quedan fuera de su ámbito de aplicación las actuaciones que no persigan un objetivo comercial y que no encubran una voluntad de restricción de la competencia. (*C. C. S.*)

ABREVIATURAS

Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
D.	Recueil Dalloz
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore

Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JCP G	Jurisclasseur périodique (La semaine juridique), édition générale
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2023

ROSA M. MÉNDEZ TOMÁS

Magistrada. Letrada CGPJ y Jefa de la Sección
de Formación Inicial de la Escuela Judicial CGPJ

INTRODUCCIÓN.

El Tribunal Constitucional ha dictado durante el año 2023 sentencias de especial relevancia en el ámbito del derecho civil y del derecho procesal civil. Como viene siendo habitual, algunas de estas resoluciones analizan aspectos esenciales del derecho privado y profundizan en la estructura, desarrollo y límites de las bases en que se apoya su regulación. Otras, han sido seleccionadas por analizar aspectos procedimentales con incidencia en asuntos de naturaleza civil:

– El derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado vuelve a estar de actualidad. El Tribunal insiste en el principio de tutela del interés de los menores, como cuestión de orden público y criterio inspirador de cualquier decisión judicial. Se trata de un derecho estrechamente vinculado a la tutela judicial efectiva y, como en el caso examinado, a la defensa de las partes en el desarrollo de un expediente de jurisdicción voluntaria (STC 5/2023).

– El principio de tutela del interés de los menores se analiza nuevamente con detalle por el Tribunal en la STC 40/2023, sobre cuestiones relacionadas directamente con los sistemas de protección a la infancia y a la adolescencia. En concreto, esta sentencia pone el foco en la declaración de desamparo y en el procedimiento especial de oposición a dicha resolución. Al hilo de esta materia, aborda cuestiones de sumo interés como los efectos de la determinación de la edad, la problemática de los menores extranjeros no acompañados y el derecho de los menores a ser oídos.

– También en materia de derecho de familia resulta de interés la interpretación que lleva a cabo el Tribunal del párrafo tercero del art. 96 CC, que permite adjudicar a uno de los progenitores el uso

del domicilio familiar si las circunstancias lo aconsejan y su interés fuera el más necesario de protección (STC 12/2023).

– La crisis sanitaria derivada de la pandemia como consecuencia del covid ha dado lugar al dictado de numerosas sentencias en las que el Tribunal Constitucional valoró la legitimidad de administrar una medida terapéutica –v. gr. vacuna– a personas vulnerables en un contexto de reticencia, o incluso negativa, por parte de familiares que asumían su representación, en el caso de las personas con discapacidad, o de conflicto entre progenitores, en supuestos de menores de edad. La autonomía del paciente y la posibilidad de prestar válidamente su consentimiento son aspectos analizados minuciosamente por el Tribunal en este elenco de sentencias, de las que se ha extractado aquella que ha servido, en numerosas ocasiones, de punto de partida del resto (STC 38/2023). V. SSTC 148/2023, de 6 de noviembre; SSTC 154/2023, 157/2023, 158/2023, 159/2023, 160/2023, 162/2023 y 163/2023, todas ellas de 20 de noviembre; SSTC 180/2023, 181/2023, 182/2023, 183/2023, 185/2023, 186/2023 y 187/2023, todas ellas de 11 de diciembre.

– Directamente relacionada con las anteriores resoluciones y aunque dictada en el marco de otro orden jurisdiccional, lo que excluye su reseña, el Tribunal analiza cuestiones de indudable trascendencia sobre el derecho de autodeterminación de los pacientes y el derecho a prestar un consentimiento libremente informado (STC 11/2023). En concreto, esta sentencia se dicta en el marco de la decisión de una mujer embarazada sobre el plan de parto. En ella se analizan sus derechos a la autonomía y al consentimiento informado en el ámbito sanitario.

El derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos también se trata en la STC 19/2023, que desestima el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Y este mismo derecho de autodeterminación, pero esta vez el de la mujer respecto de la interrupción del embarazo, se analiza en la STC 44/2023 con ocasión del recurso de inconstitucionalidad frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

– En la STC 146/2023, de 26 de octubre, el Tribunal declara inconstitucional la disposición adicional segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Dis-

capacidad, por considerar que invade la competencia general en materia procesal que corresponde al Estado.

– La vivienda, como uno de los ejes de la política social, es nuevamente objeto de análisis en dos resoluciones del Alto Tribunal (9/2023 y 15/2023). Se analiza en ambas sentencias la constitucionalidad de la disposición final primera del Real Decreto-ley 1/2021, que modifica el Real Decreto-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.

La disposición final impugnada extendía la posibilidad de suspensión durante el estado de alarma del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional a los supuestos en que el desahucio traiga causa de un procedimiento penal.

No obstante, esa disposición quedó tácitamente derogada con la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, introducida por el art. 7 del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma.

La derogación o pérdida de vigencia de la norma que se recurre debía producir, a priori, la extinción del proceso, con algunas excepciones, entre las que se cuentan las impugnaciones de decretos-leyes basadas en la alegada infracción de los límites constitucionales y estatutarios a la potestad legislativa de urgencia, cual ocurre en este caso. Siendo función esencial del Tribunal garantizar «el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa preconizado por la Norma fundamental, depurando y expulsando del ordenamiento las normas impugnadas que se aparten de dicho sistema, con independencia de que se encuentren o no en vigor cuando se declara su inconstitucionalidad».

Es lo que ocurre en los casos examinados en las SSTC 9 y 15/2023. En ellos se cuestiona la disposición final de anterior referencia, entre otros, por tres motivos de aquella índole: falta de identificación de manera explícita y razonada, por parte del Gobierno, de la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilite para utilizar el instrumento normativo del decreto-ley; falta de efectiva concurrencia de tal situación de extraordinaria y urgente necesidad; e inexistencia de una conexión de sentido entre el presupuesto habilitante y las medidas contenidas en la norma de urgencia.

En consecuencia, el Tribunal declara la pérdida de objeto del presente recurso de inconstitucionalidad en lo que respecta a los

motivos de impugnación propios o relativos al derecho civil o procesal civil. Concretamente, a la vulneración del derecho de propiedad (art. 33 CE), así como al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos (art. 24.1 CE) en relación con la potestad de jueces y tribunales para hacer ejecutar lo juzgado (arts. 117 y 118 CE), lo que motiva que las SSTC 9 y 15/2023 no sean objeto de reseña en este trabajo.

No obstante, el Tribunal sí accede al análisis de los motivos de impugnación relativos al presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes (art. 86.1 CE) y a los límites materiales de los decretos-leyes en conexión con el derecho de propiedad privada (arts. 86.1 y 33 CE).

– A los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones vuelve a dedicarse el Tribunal en la STC 83/2023. En concreto, se analiza la necesidad de valorar los mensajes que contienen juicios de valor respecto de una persona que desarrolla su actividad en el ámbito de la política. El caso examinado es de especial interés, toda vez que los mensajes son emitidos en la página web de una empresa, cuya actividad se configura como de intermediación, lo que obliga al Tribunal a analizar su responsabilidad en el marco de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

– Ya en el ámbito del derecho procesal y, concretamente, en materia de costas, el Tribunal Constitucional, en su STC 91/2023, nos recuerda que el derecho de la Unión Europea reconoce a los consumidores el derecho a acudir a un juez para que declare el carácter abusivo de una cláusula contractual no negociada concertada con un profesional y que los costes de un proceso judicial en el que se puede hacer valer el carácter abusivo de esas cláusulas contractuales pueden tener un efecto disuasor sobre los consumidores. Insiste, además, en que la entidad financiera que se vale de una cláusula declarada abusiva por la jurisprudencia es la genuina responsable de la situación litigiosa generada por su uso. En consecuencia, en esta clase de litigios, en los que la demanda del consumidor resulte estimada, las costas deben correr a cargo de la entidad bancaria, sin que resulte de aplicación la excepción al principio de vencimiento objetivo en materia de costas basada en la existencia de serias dudas de derecho.

– Al hilo de lo anterior, insiste en recordar la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en este caso con relación al control judicial de las cláusulas eventualmente abusivas incorporadas en contratos de préstamos

hipotecarios celebrados con consumidores (SSTC 23/2023, de 27 de marzo y 172/2023, de 11 de diciembre).

– Por último y aun cuando no han sido objeto de reseña en este trabajo, el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias durante el 2023 que mantienen una doctrina ya consolidada en materia procesal: límites a los emplazamientos por edictos (SSTC 27/2023, de 17 de abril; 41 y 42/2023, de 8 de mayo; y 137/2023, de 23 de octubre); actos de comunicación, plataformas electrónicas y tramitación procesal (SSTC 14/2023, de 6 de marzo; 76/2023, de 19 de junio; 122/2023, de 25 de septiembre; y 138/2023, de 23 de octubre); jura de cuentas (STC 13/2023, de 6 de marzo); e incidentes de nulidad de actuaciones (SSTC 73/2023, de 19 de junio, 134/2023, de 23 de octubre, 151/2023, de 20 de abril y 153/2023, de 20 de noviembre).

STC 5/2023, 20 de febrero.

RA: estimado parcialmente.

Ponente: Tolosa. **Voto particular:** Sáez.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Derecho de defensa. Audiencia del menor. Expediente de Jurisdicción voluntaria. Principio de contradicción. Derecho a la prueba. Libertad de creencia religiosa.

Preceptos de referencia: Arts. 16.1, 24.1 y 39 CE; arts. 2 y 9 LO 1/1996; art. 2.1.c LO 7/1989; arts. 85 y 87 a 89 LJVol; y arts. 92, 156 y 158 CC.

Sentencias relacionadas: SSTC 64/2019, de 9 de mayo y 12/2011, de 28 de febrero.

Resumen: El derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado está estrechamente vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes en un expediente de jurisdicción voluntaria, en el que, además, el trámite de la comparecencia permite, no solo cumplir con la exigencia de «oír y escuchar» al menor, sino de proponer prueba y oír a los progenitores sobre los hechos controvertidos.

1) Antecedentes del caso.—Por los trámites del expediente de jurisdicción voluntaria previstos en los arts. 87 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (LJV), D. P. M. P., padre del menor, interesa que se requiera a la madre, D.^a A. A. F, para que se abstenga de llevar al hijo común a misa, así como de hacerle participar en actos religiosos. Pretende, además, que no asista a clase de religión en el colegio.

Ambos progenitores estaban tramitando su divorcio, en el que se solicitaron medidas provisionales. En éstas se acordó que la madre ostentara la guarda y custodia del menor y el padre un régimen de visitas con estancias de fines de semana alternos y una tarde intersemanal. La patria potestad se continuaría ejerciendo conjuntamente por ambos progenitores.

La representación procesal de D.^a A. A. F. se opone a la petición del padre por considerar que no puede prohibirse que la madre lleve al niño a misa o a acontecimientos religiosos familiares ya que es positivo para la for-

mación integral del menor. Añade que no ve incompatible que su hijo asista a la clase de valores cívicos y que, además, reciba educación católica.

El Juzgado no considera procedente oír al menor en atención a su edad (seis años), y como las partes ya habían manifestado su parecer en los escritos presentados y no había más prueba a practicar, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe y los autos quedaron pendientes de resolución, sin que se celebrara la comparecencia prevista en los arts. 17 y 85 LJV, que había solicitado el padre.

Frente a esta resolución, el ahora recurrente en amparo recurre en reposición y posteriormente en apelación. Entiende que la comparecencia prevista en los arts. 17, 18 y 85 LJV es preceptiva y que, al no celebrarse, se ha obstaculizado la posibilidad de practicar prueba y de oír al menor. Ambos recursos se desestiman.

El Ministerio Fiscal en su informe concluye considerando que «conocer los valores que la religión católica conlleva no puede considerarse perjudicial para el menor por lo que la educación en la religión católica que quiere compartir la madre con su hijos se estima enriquecedora y debe ser aceptada».

El Juzgado resuelve la discrepancia planteada entre los padres en el sentido de «conceder a la demandada la facultad de matricular a su hijo en la asignatura de religión católica y de tramitar lo necesario para que le sea administrado el sacramento del bautismo. Siendo facultad de cada progenitor el llevar [o] no a celebraciones religiosas al menor cuando esté en su compañía y exponer libremente a su hijo razonadamente la doctrina que entiendan más conforme con sus valores y sus criterios». Frente a esta resolución, el padre interpone recurso de apelación, que es desestimado.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional:

– El recurrente en amparo basa su recurso, principalmente, en la vulneración de los siguientes derechos: (i) Derecho de libertad ideológica y religiosa de la que también son titulares los menores de edad; (ii) derecho a la igualdad (art. 14 CE), toda vez que ninguno de los dos progenitores tiene mejor derecho a controlar, dirigir o influir en la vida religiosa y creencias del hijo menor; y (iii) derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Añade que la decisión del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción es claramente incongruente, ya que modifica la causa de pedir y altera de oficio la acción ejercitada, al autorizar expresamente el bautismo del menor y su inscripción en la asignatura de religión católica que nadie había pedido.

– Por su parte, la representación procesal de la madre, al margen de otras muchas consideraciones, según se verá, rechaza que se haya producido incongruencia con el objeto debatido, y justifica la ausencia de vista por la urgencia de la decisión dado el inicio del curso escolar.

– El Fiscal solicita que se otorgue el amparo y que se declare vulnerado el derecho a la libertad religiosa del recurrente, así como la nulidad de los autos impugnados y la retroacción de las actuaciones. Por el contrario, descarta que se haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

3) Posición del Tribunal.—Previo a resolver lo procedente, el Tribunal reconoce la legitimación activa del recurrente y la trascendencia constitucional de la cuestión planteada. Por lo demás, en cuanto a la alegada carencia

sobrevenida de objeto, sostiene que las vulneraciones invocadas por D. P. M. P. no pueden considerarse reparadas por las circunstancias sobrevenidas con posterioridad a la interposición de la solicitud del procedimiento de jurisdicción voluntaria –bautismo del menor o finalización del curso escolar-. Por último, añade, frente a las objeciones de la demandada, que la invocación de la vulneración del derecho de igualdad carece de autonomía y sustantividad propia y se debe entender como un apéndice, accesorio o complementario, de la vulneración del derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE).

Ya con relación a las cuestiones debatidas, distingue y analiza por este orden, aquellas que tienen una eminente naturaleza procesal, de las de fondo.

El expediente de Jurisdicción voluntaria y la audiencia de los menores.—A través del expediente de jurisdicción voluntaria se articula el cauce procesal para la intervención judicial que el art. 156 del Código civil prevé, a instancia de cualquiera de los progenitores, en caso de discrepancia sobre el ejercicio de la patria potestad. Y así, dispone dicho precepto, en su tercer apartado, que en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos progenitores podrá acudir a la autoridad judicial, quien, «después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años», atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. La comparecencia y la audiencia a los menores se regulan en los arts. 17 y 18 LJV, respectivamente.

De dichos preceptos se infiere, en palabras del Tribunal, que «en el expediente de jurisdicción voluntaria seguido para dirimir las discrepancias entre los progenitores en torno al ejercicio de la patria potestad, resulta preceptivo oír a ambos progenitores y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (art. 156, párrafo tercero, CC). La audiencia de los progenitores se materializa en una preceptiva comparecencia [art. 17.2 a) LJV] y la del menor –si tuviere suficiente madurez–, puede realizarse en esa misma comparecencia o en acto separado, anterior o posterior a la comparecencia, de la que se extenderá acta en la que se reflejarán las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, de las que se dará traslado a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones, bien en los cinco días posteriores, si la audiencia del menor se ha producido después de la comparecencia, bien en la propia comparecencia al formular las conclusiones, una vez practicadas las demás pruebas (art. 18.2.4 y 5 LJV)».

En consecuencia, a entender del Tribunal, es la preceptiva comparecencia la que garantiza plenamente la efectividad del principio de contradicción y las exigencias de inmediación, publicidad y oralidad.

Estatuto procesal del menor.—De la regulación del expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 87 y ss. LJV) y de la normativa internacional y nacional que expone (Convención sobre los derechos del niño de 1989, Carta europea de los derechos del niño de 1992, Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea de 2000 y Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 1996, de un lado; y, de otro, Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor), concluye el Tribunal afirmando que (i) la persona menor de edad tiene derecho a ser oída y escuchada, con carácter preferente, de modo que se tomen en consideración sus deseos, sentimientos y opiniones, en los asuntos en que se vea concernida; (ii) Las limitaciones al ejercicio de este derecho deben ser interpretadas restrictivamente, atendiendo

el interés superior del menor en cada caso, en atención a la valoración de su madurez; (iii) La valoración de la madurez deberá ser siempre realizada por personal especializado en el concreto asunto a tratar en cada caso; (iv) Siempre que el derecho a ser oído y escuchado se rechace, deberá efectuarse en resolución motivada en el interés superior del menor, atendido que el mismo le pudiera ser manifiestamente perjudicial; (v) Del resultado de la audiencia se levantará, en todo caso, acta en la que se reflejarán las manifestaciones del menor imprescindibles, por significativas y relevantes, de las que se dará traslado a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones; y (vi) Esas manifestaciones deberán ser valoradas motivadamente por la autoridad judicial en la resolución que ponga fin al procedimiento.

Tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). La audiencia de los menores.—Al margen de si la audiencia del menor constituye un medio probatorio o no, el Tribunal recuerda la estrecha vinculación entre el derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado (art. 24.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes (art. 24.1 y 2 CE) en un expediente de jurisdicción voluntaria. Insiste, además, en que la entrega del acta detallada a las partes atiende a la exigencia derivada del principio procesal de contradicción, consagrado en el art. 24 CE y reconocido, igualmente, en el art. 19.2 de la propia Ley 15/2015, que permite fundar la decisión judicial en los expedientes que afecten a los intereses de un menor en ‘cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados’.

La comparecencia y el derecho a la prueba.—El art. 156 CC dispone que «[...] En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores [...].» Indica el Tribunal que este trámite de audiencia no queda suplido con los escritos de solicitud y de oposición de las partes. Por otra parte, si no se celebra la comparecencia, no se puede proponer prueba en dicho acto, ni oír a los progenitores sobre los hechos controvertidos, ni tampoco cumplir con la exigencia de «oír y escuchar» al menor. No tiene lugar un debate contradictorio y el pronunciamiento judicial recae sobre temas que no pudieron ser debatidos oportunamente y respecto de los cuales no se pudo ejercitar debidamente el derecho de defensa.

4) Decisión del Tribunal.—La demanda de amparo fue estimada parcialmente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con el derecho de defensa (art. 24.2 CE). En concreto, al menor se le vulneró su derecho a ser oído y escuchado en el expediente de jurisdicción voluntaria (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, párrafo tercero del art. 156 CC y art. 85.1 LJY). Considera el Tribunal que esta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión le impide entrar a conocer de aquel motivo y, por ello, la estimación es parcial.

En concreto, entiende que no se pudo tomar en consideración los deseos, sentimientos y opiniones del menor en aspectos tales como la asignatura que prefería cursar o su preferencia por asistir o no a oficios religiosos, a cateque-

sis, o recibir el bautismo. Pese a su edad, siete años cuando el expediente se estaba cursando en primera instancia y ocho años cuando se tramitó la apelación, no era descartable que sobre estas materias tuviera uso de razón, de entendimiento o de juicio y no se valoró por personal especializado si tenía suficiente madurez (art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996), para manifestar su predilección sobre los concretos aspectos en que los progenitores tenían posiciones encontradas.

En este sentido, recuerda el Tribunal que los límites al ejercicio del derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por razón de edad (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996), deben interpretarse restrictivamente atendiendo el superior interés del menor (art. 2.1 la misma ley orgánica) y, en cualquier caso, deben motivarse suficientemente (art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1996 y STC 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5).

5) Voto particular.—El magistrado Sáez consideró que la sentencia debió estimar íntegramente la demanda para declarar que las resoluciones judiciales vulneraron el derecho del hijo a la libertad de creencias en materia religiosa, que discriminaron al demandante en su derecho a que sus concepciones de vida no religiosas proyectadas sobre la educación de su hijo fueran tratadas con igual respeto y dignidad que las convicciones católicas de la madre y que infringieron el mandato de neutralidad que impone el principio de laicidad del Estado (art. 16.1 y 3 CE).

El menor es titular de la libertad de conciencia en materia religiosa (art. 16.1 CE), como expresión del principio de autonomía individual que reside en el libre desarrollo de la personalidad, y significa libertad para adherirse a cualquier plan de vida religioso o no religioso, libertad de elección, y facultad de materializar dicha decisión, es decir de actuar conforme a dicha conciencia. Pues bien, el menor no pudo decidir en este caso. El juez no solo no garantizó la libertad de conciencia del menor, sino que la suprimió. Si consideraba que no tenía suficiente madurez para ser escuchado al respecto, debió amparar su libertad de conciencia en materia religiosa y diferir a un momento posterior la expresión de su voluntad, en sintonía con el consenso de los padres hasta el momento de la ruptura matrimonial.

Por todo ello, concluye el magistrado que la falta de audiencia del menor adquiere en este punto verdadero sentido constitucional. No se trata de una simple vulneración de derechos procesales.

Por último, recuerda este voto discrepante que el art. 16.3 CE establece la aconfesionalidad del Estado. Laicidad como técnica de protección de los derechos fundamentales y un límite a la actuación de los poderes públicos, especialmente dirigido a jueces y tribunales, lo que conlleva «la prohibición de promover o valorar como superior o mejor una creencia, de crear jerarquías entre las diversas concepciones de la vida en materia religiosa y de discriminar a los que se adhieren a otras creencias o no se adhieren a ninguna de las que ofrecen las ideas religiosas».

STC 12/2023, 6 de marzo.

RA: desestimado.

Ponente: Tolosa.

Conceptos: Divorcio. Modificación de medidas. Uso domicilio familiar.

Derecho a un Juez/a imparcial. Motivación resoluciones judiciales.

Incongruencia omisiva. Grabación de las vistas.

Preceptos de referencia: Arts. 24.2 y 39 CE; arts. 96.3 y 142 y ss. CC.

Resumen: Derecho de uso del domicilio familiar. En caso de tratarse de hijos mayores de edad, la regla a aplicar debe ser la del párrafo 3 del art. 96 CC, que permite adjudicar a uno de los progenitores el uso del domicilio familiar si las circunstancias lo aconsejan y su interés fuera el más necesario de protección.

1) Antecedentes y posición de las partes.—En el contexto de un procedimiento de modificación de medidas acordadas en una sentencia de divorcio, la demandante de amparo denuncia una serie de irregularidades procesales: falta de grabación de parte de la vista oral, denegación de la práctica de determinada prueba propuesta, vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), falta de respuesta a la solicitud de plantearimiento de cuestión prejudicial penal y ausencia de la debida ponderación de los derechos e intereses concernidos, desoyendo el principio de protección a la familia, que informa la actuación de los poderes públicos (art. 39 CE). En concreto, considera que los órganos judiciales han aplicado con gran automatismo y excesivo rigor el tenor literal del art. 96 CC al interpretar que, una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad, no tienen derecho de uso sobre el domicilio familiar.

El exmarido de la recurrente se opone al recurso y alega, en síntesis, que no existió indefensión material como consecuencia del defecto de grabación de las actuaciones judiciales. Añade que las peticiones de la demandante de amparo resultan completamente extemporáneas e infundadas y que no concurre vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. Finaliza diciendo que la solicitud de la cuestión prejudicial no fue introducida cuando correspondía y, sobre la cuestión de fondo, sostiene que, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, la subsistencia de la necesidad de habitación de estos no resulta factor determinante para adjudicarles el uso de la vivienda.

El Ministerio Fiscal solicita la estimación de la demanda por incumplimiento del deber de motivación de las resoluciones judiciales impugnadas (art. 24.1 CE), si bien considera que se deben desestimar el resto de las quejas planteadas.

2) Análisis y decisión del Tribunal.—El Alto Tribunal sistematiza las cuestiones a tratar, conforme al alcance de la retroacción. Y así, inicia su análisis con la invocación del derecho a la imparcialidad judicial, para continuar con el derecho a la prueba y a una resolución suficientemente motivada y fundada en Derecho.

El derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE).—La demandante de amparo considera que se ha vulnerado su derecho a un juez imparcial (art. 24 CE y art. 6 CEDH). Basa dicha alegación en la relación existente entre el titular del Juzgado de Primera Instancia y el presidente de la Sección de la Audiencia Provincial de Madrid que conoció del asunto; entiende, además, que los magistrados de dicha sección pudieron estar condicionados por una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en un asunto en el que intervinieron las mismas partes que en el procedimiento cuyas eventuales irregularidades ahora se examinan.

El Tribunal Constitucional, tras recordar que la imparcialidad judicial se presume y que las causas de recusación han de ser interpretadas restrictivamente, apela a su propia doctrina sobre la imparcialidad de los Jueces/as y,

con cita y remisión a la STC 46/2022, de 24 marzo, insiste en que «para que un juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que no es ajeno a la causa, o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico». Matiza el Alto Tribunal que «[...]por más que se haya reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes pues está en juego la confianza que, en una sociedad democrática, los tribunales deben inspirar a las partes y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado juez del conocimiento de un asunto las meras sospechas o dudas sobre su imparcialidad que surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas [STC 66/2001 de 17 de marzo, FJ 2 a]».

Añade que la causa legal de recusación no puede ser cualquier relación de amistad, sino aquella que aparezca connotada por la característica de la intimidad entre dos personas, concepto que ciertamente puede considerarse en sentido técnico como indeterminado, pero que en ningún caso permite que se le califique como vago o subjetivo (ATC 226/1988, de 16 de febrero, FJ 3; con reiteración en la STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 7, y en los AATC 238/2014, de 9 de octubre, FJ 5, y 17/2020, de 11 de febrero, FJ 3).

Por último, el Tribunal hace mención expresa a que «la realización por el juez de cualquier decisión previa al enjuiciamiento conectada con la causa no determina la pérdida de su imparcialidad (STC 36/2008 de 25 de febrero) y a que «el solo hecho de que el mismo juez ya haya decidido las peticiones del recurrente en otros procedimientos no justifica objetivamente temor alguno de falta de imparcialidad de aquel» (STEDH 3 de febrero de 2005).

Aplicando lo expuesto al supuesto examinado, el Tribunal concluye considerando que no existe causa objetiva de imparcialidad por el hecho de que el mismo juzgado y la misma sección de la Audiencia Provincial hayan conocido del procedimiento de divorcio y después del de modificación de medidas en sus diferentes fases, ya que es precisamente lo que ordena el art. 775 LEC.

Por lo demás, la intervención de los mismos magistrados de la audiencia en un asunto que la ahora recurrente denunció ante el TEDH no justifica objetivamente motivo alguno de falta de imparcialidad, pues en la resolución del Tribunal europeo no se reprochaba a los órganos judiciales españoles algún género de parcialidad, sino la falta de audiencia de las hijas menores para la fijación del régimen de visitas (art. 6 CEDH).

Por último, las palabras de reconocimiento que el juez de primera instancia dirigió al magistrado de la sección de la audiencia en un acto homenaje no son suficientes para acreditar la supuesta amistad íntima en que la recurrente fundó su recusación.

Se desestima dicho motivo de queja.

Falta de grabación de parte del juicio y derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).—El Tribunal, tras recordar el principio de conservación del proceso, sostiene que la documentación de las actuaciones no constituye un requisito de validez de los actos procesales, sino la prueba auténtica que permite constatar la realidad material de lo actuado. Por tal motivo, su pérdida no comporta necesariamente la vulneración de ninguna de las garantías esenciales del proceso.

Además, y ya en lo relativo a la prueba, insiste en la idea de que «[c]uando, habiéndose admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial, para que este tribunal pueda apreciar una vulneración del derecho a la prueba también se exige que el recurrente demuestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas admitidas y no practicadas, y, por otro, que argumente de modo convincente que, si se hubiera practicado la prueba admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta (STC 46/2022, de 24 de marzo, entre otras que cita).

Dicho esto, el Tribunal concluye que, pese a la falta de la grabación y de las insuficiencias detectadas en el acta sucinta, no se ha producido ninguna indefensión a la parte demandante (art. 24.1 CE), pues, como correctamente apreció la Audiencia Provincial, ella misma se ha colocado en tal situación mediante su inactividad procesal. Tampoco prueba la recurrente la relevancia de la prueba admitida y no practicada.

En definitiva, tampoco en este caso se acogen las vulneraciones alegadas.

Incongruencia omisiva.—En contra de lo sostenido en la demanda de amparo, el Tribunal Constitucional entiende que el órgano judicial dio respuesta a las alegaciones relativas al error en la apreciación de la prueba y a la incongruencia ultra petitorum. Por lo expuesto, las quejas planteadas deben ser desestimadas.

Debe recordarse a este respecto que «la incongruencia omisiva o ex silentio se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales [por todas, STC 104/2022, de 12 de septiembre]».

Motivación de las resoluciones judiciales y uso del domicilio familiar.—La recurrente considera que los órganos judiciales han aplicado con un gran automatismo y excesivo rigor el tenor literal del art. 96 CC, interpretando que una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad no tienen derecho de uso sobre el domicilio familiar.

El representante del Ministerio Público comparte el anterior criterio y considera que las resoluciones objeto de este recurso de amparo han vulnerado la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo (art. 24.1 CE) en su vertiente del derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho. Además, entiende que se ha incurrido en arbitrariedad al hacer una interpretación contraria a la norma (96.3 CC) y a la jurisprudencia que lo desarrolla, por excluir la vivienda de titularidad exclusiva del derecho a su uso por el cónyuge que represente el interés más necesitado de protección.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, fundada en derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (STC 113/2021, de 31 de mayo). De forma más reforzada aún en el caso en que la

pretensión objeto de respuesta esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o intereses de relevancia constitucional, lo que ocurre cuando se invoca la afectación a la protección social, económica y jurídica de la familia e integral de los hijos.

Pues bien, en el caso examinado el Tribunal considera que las sentencias impugnadas encuentran apoyo legal en la propia dicción del art. 96.3 CC y en la doctrina asentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que ha venido asimilando la situación del cónyuge sin hijos a la del cónyuge con hijos mayores de edad, como sucede en el presente caso. De este modo, la prestación alimenticia y de habitación a favor de los hijos mayores se desvincula del derecho a continuar usando la vivienda familiar, pues sus necesidades básicas se satisfacen mediante el derecho de alimentos entre parientes (arts. 142 y ss. CC).

En consecuencia, se desestima la demanda de amparo también en este punto. «La respuesta judicial a la adjudicación de la vivienda familiar una vez alcanzada la mayoría de edad de las hijas comunes, no puede tacharse ni de arbitraria ni de irrazonable, sino que ha sido fruto de la ponderación de los intereses de relevancia constitucional en juego, valorando todas las circunstancias concurrentes sobre la afectación de los derechos que la decisión judicial comporta».

STC 38/2023, 20 de abril.

RA: desestimado.

Ponente: Campo.

Conceptos: derecho a la integridad física; derecho a la igualdad y no discriminación; derecho a la intimidad personal; derecho a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: 14, 15, 18 y 24.1 CE; arts. 8, 9.6, 9.7 y 11 Ley 41/2002; arts. 249 y 255 CC.

Sentencias relacionadas: SSTM 148/2023, de 6 de noviembre; SSTM 154/2023, 157/2023, 158/2023, 159/2023, 160/2023, 162/2023 y 163/2023, todas ellas de 20 de noviembre; SSTM 180/2023, 181/2023, 182/2023, 183/2023, 185/2023, 186/2023 y 187/2023, todas ellas de 11 de diciembre.

Resumen: Las resoluciones judiciales impugnadas se atuvieron a los límites de habilitación legalmente previstos y realizaron una ponderación adecuada del interés de la persona vulnerable y proporcionada a sus necesidades de acuerdo con las circunstancias concurrentes, por lo que no lesionaron el derecho fundamental a la integridad personal (art. 15 CE).

1) Antecedentes del caso:

– En el curso de un procedimiento verbal especial, un juzgado modificó la capacidad de obrar de doña F. R. S. y nombró tutor a su hijo, don A. N. R., ahora demandante de amparo.

– El Ministerio Fiscal interesó al Juzgado que convocara una comparecencia (arts. 85 y 87 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria; en adelante, LJV) a efectos de autorizar judicialmente la administración de «la vacuna contra el Covid-19» a doña F. R. S. Don A. N. R. presentó escrito de oposición (art.17 LJv).

– En la comparecencia, la defensora judicial nombrada por el Juzgado y el Ministerio Fiscal solicitaron que se otorgara la autorización para el suministro de la vacuna. El demandante de amparo volvió a manifestar su oposición a la prestación de la vacuna por entender que no era segura y que existían medicamentos alternativos.

– El Juzgado dictó auto resolviendo el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Estimó la solicitud del Ministerio Fiscal y autorizó, en consecuencia, la administración de la vacuna «por personal sanitario especializado y bajo las precauciones especiales de empleo».

– El Auto es recurrido en apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial.

2) Posición de las partes:

– El recurrente en amparo, tras invocar su interés legítimo, considera que las resoluciones judiciales impugnadas, al autorizar la administración forzosa de una vacuna, en fase experimental, a una persona con discapacidad, a pesar de que «el referido medicamento tiene carácter voluntario para el resto de la población», vulneran el derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado; el derecho a la integridad física y moral, así como a la intimidad (arts. 14, 15 y 18 de la CE), todo ello en relación con el deber de motivar las resoluciones judiciales prevenido en el art. 24.1 CE.

– El Ministerio Fiscal interesa la desestimación íntegra de la demanda de amparo. De entrada, estima que no se ofrece ningún término de comparación válido que permita analizar la eventual vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación del art. 14 CE. En lo que respecta a la alegada vulneración del derecho a la intimidad (art. 18 CE), considera que la administración de una vacuna no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal. Por lo demás, entiende que las resoluciones judiciales cumplieron con el deber de motivación reforzada que era exigible.

3) Argumentación del Tribunal:

– Con relación a la alegada vulneración del derecho a la igualdad y a la discriminación, indica el Tribunal que no existe en nuestro ordenamiento jurídico un doble régimen de vacunación, voluntaria para las personas que están en pleno ejercicio de su «capacidad jurídica» y obligatoria para las que necesitan alguna medida de apoyo por razón de su discapacidad. El art. 9.6 de la Ley 41/2002 constituye, precisamente, un mecanismo legal que pretende suplir la imposibilidad del paciente de prestar consentimiento.

– En lo que respecta a la pretendida vulneración del derecho fundamental al derecho a la intimidad, sostiene el Tribunal que ni de la finalidad de la vacunación ni de la zona del cuerpo sobre la que se materializa la injerencia se deriva afectación alguna del derecho fundamental a la intimidad. Y así, «la administración de la vacuna carece de toda pretensión indagatoria en aspectos propios de la vida privada o íntima de la persona afectada. Su práctica tampoco afecta al concepto públicamente compartido de pudor o recato personal». Tampoco desde la óptica del derecho a la «vida privada» contemplado en el art. 8 CEDH.

– Mayor reflexión exige en este caso la alegada vulneración del derecho a la integridad. El Tribunal recuerda su propia doctrina y, especialmente, en lo relativo a la dimensión positiva de la integridad personal pone el foco en el consentimiento, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Consentimiento que debe ser libre y suficientemente informado para que faculte, específicamente, a la autodeterminación de la persona sobre el propio cuerpo. Y así, en el concreto ámbito sanitario, el Alto Tribunal ha dejado sentado que el derecho fundamental a la integridad personal «conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)». Se trata de lo que el tribunal ha venido a definir como un derecho general de autodeterminación individual.

La administración de una vacuna constituye una injerencia en el derecho fundamental a la integridad personal, por lo que la constitucionalidad de que no haya sido consentida queda supeditada a (i) la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias, y (ii) al respeto al principio de proporcionalidad.

En lo relativo a la norma habilitante, el Tribunal inicia su análisis haciendo referencia a que la vacunación trata de satisfacer un doble interés: de un lado, el estrictamente individual de la persona afectada y, de otro, múltiples intereses públicos como, por ejemplo, las repercusiones que un seguimiento masivo de las campañas de vacunación tiene en la viabilidad y la eficiencia del sistema sanitario mismo y su eficacia como herramienta preventiva en un contexto epidémico grave.

En el caso examinado la ley habilitante de la injerencia es, según el Tribunal, la Ley de autonomía del paciente, cuyos arts. 8 y 9 de la Ley 41/2002 parten de la centralidad del consentimiento informado y tratan de afrontar la eventualidad de un contexto particular de imposible prestación de dicho consentimiento. Y así, dicha medida podrá ser adoptada por la autoridad judicial con una sola finalidad legítima: la protección de la persona que se encuentra impedida o imposibilitada para prestar consentimiento en un contexto de riesgo para su salud.

Es decir, no se trata de que el juez civil pueda actuar contra la voluntad válidamente manifestada de la persona afectada para la mejor realización de las políticas públicas sanitarias, sino que, en ausencia de aquella voluntad, se habilita legalmente a la autoridad judicial, con fines estrictamente tuitivos, a autorizar una actuación sanitaria determinada cuando así resulta necesario para asegurar la mejor protección de los intereses de una persona vulnerable que puede no estar siendo adecuadamente asistida, sin que puedan prevalecer sobre estos los intereses de terceros o los públicos, en particular el riesgo para la salud pública derivado de la propagación de una enfermedad infecto-contagiosa. De tal forma que «Si en la decisión del juez civil prevalecieran esos intereses (públicos o de terceros) sobre los estrictamente individuales de la persona con discapacidad, la decisión judicial así adoptada desbordaría los límites de la cobertura que ofrece el art. 9.6 de la Ley de autonomía del paciente».

Tratándose de una persona con discapacidad, puede ocurrir que haya facilitado instrucciones previas conforme al art. 11 de la Ley 41/2002 o que

haya establecido, en escritura pública, pautas de actuación precisas para ese contexto particular, a las que tiene que sujetarse la persona llamada a prestar apoyo (art. 255 CC). En ausencia de instrucciones o pautas, puede contar con medidas de apoyo que prestarán auxilio a la formación y manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad, sin sustituirla (art. 249 CC). En última instancia y solo excepcionalmente, cuando no es posible «determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas» (art. 249, párrafo segundo, CC), teniendo en cuenta, en todo caso, «la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación».

Y así, en este último caso, es cuando cobra relevancia el art. 9.6 de la Ley 41/2002, al disponer que «la decisión deberá adoptarse *atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente*», así como el art. 9.7 de idéntico cuerpo legal, cuando prescribe que «[l]a prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal».

4) Decisión del Tribunal:

En consecuencia, según la doctrina expuesta, para valorar la correcta aplicación del art. 9.6 de la Ley 41/2002 debe ponderarse: (i) si la decisión adoptada responde al fin estricto de proteger a la persona con discapacidad; y (ii) que los beneficios y perjuicios se adecúen a dicho fin. Y así, tanto la decisión adoptada por la persona que presta apoyo como la resolución judicial que revisa dicha decisión han de estar basadas en argumentos que permitan considerar que el criterio adoptado es proporcionado a las necesidades de la persona con discapacidad, de acuerdo con las circunstancias concurrentes.

Pues bien, en el caso examinado el Tribunal considera que no se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la integridad personal de doña F. R. S., toda vez que: (i) La resolución judicial se ha fundado en un informe forense que determinaba que la persona afectada por la decisión se encontraba en una situación en la que carecía de toda posibilidad de manifestar su voluntad acerca de la administración de la vacuna, sin que hubiera dejado tampoco, en anticipación de esa situación, instrucciones al respecto, ni mediante un documento de instrucciones previas previsto en el art. 11 de Ley 41/2002 ni a través del documento notarial a que se refiere el art. 255 CC; (ii) La negativa a la administración de la vacuna manifestada por el tutor legal fue completamente genérica y obedeció a una posición personal contraria a la vacunación en general, sin admitir, en modo alguno, cualquier posibilidad de rectificación en función de una mayor información; (iii) La decisión adoptada por la autoridad judicial, favorable a la vacunación de doña F. R. S., no desbordó los límites de cobertura del precepto habilitante (art. 9.6 de la Ley 41/2002) y la finalidad legítima (tuitiva) que caracteriza la norma de cobertura fue plenamente respetada; y (iv) Los criterios de ponderación empleados en las resoluciones judiciales responden inequívocamente a la finalidad legítima expuesta, en cuanto persiguen proteger, del mejor modo posible, los intereses de la persona vulnerable.

Concluye el Tribunal que las resoluciones judiciales impugnadas se atuvieron a los límites de habilitación legalmente previstos y realizaron una

ponderación adecuada del interés de la persona vulnerable y proporcionada a sus necesidades de acuerdo con las circunstancias concurrentes, por lo que no lesionaron el derecho fundamental de doña F. R. S. a la integridad personal (art. 15 CE).

STC 40/2023, 8 de mayo.

RA: estimado.

Ponente: Conde-Pumpido.

Conceptos: Protección a la infancia y a la adolescencia. Declaración de desamparo. Procedimiento de oposición. Determinación de la edad.

Interés superior del menor. Menores extranjeros no acompañados.

Audiencia de menores.

Preceptos de referencia: art. 24 CE y arts. 22.1 y 780 LEC.

Sentencias relacionadas: STC 130/2022, de 24 de octubre.

Resumen: La sentencia se dicta como consecuencia del recurso de amparo promovido, de un lado, contra la resolución de un Juzgado de Primera Instancia, confirmada en grado de apelación, que puso fin al proceso especial en materia de protección de menores regulado en el art. 780 LEC, con el que el ahora recurrente pretendía oponerse a la resolución administrativa dictada por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid en un expediente de desamparo.

1) Antecedentes del caso y alegaciones ante el Tribunal:

– La Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid acuerda no adoptar la medida de tutela sobre el demandante de amparo «al haber sido determinada mayoría de edad en virtud de decreto de la Fiscalía de Madrid de fecha 3 de junio de 2019». Se le daba de baja por ello en el recurso de protección. El ahora recurrente mostró su interés en oponerse judicialmente a dicha resolución administrativa por los cauces del art. 780 LEC.

– El procedimiento de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores regulado en el art. 780 LEC se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de Madrid. Este Tribunal, tras la correspondiente tramitación, acordó por auto la terminación del procedimiento por pérdida sobrevenida de objeto (art. 22.1 LEC), a la vista de que el pasaporte que aporta el impugnante permitía concluir que ha alcanzado la mayoría de edad.

– El Auto es recurrido en apelación y la Sección decimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso.

– El demandante de amparo considera que se le ha negado el acceso a la jurisdicción. En concreto, las resoluciones del Juzgado de Primera Instancia 80 de Madrid y de la sección 22 de la Audiencia Provincial han dejado impre-juzgada y sin control judicial la decisión administrativa controvertida, por lo que persiste el interés legítimo en que se declare que la resolución adminis-trativa que le denegó la declaración de desamparo no fue conforme a dere-chos. Y así, según el recurrente, se ha impedido al demandante obtener una decisión judicial sobre determinación de su edad.

– El Ministerio Fiscal solicitó que se otorgase el amparo al demandante, por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. Sostiene que las resoluciones judiciales

impugnadas han interpretado el art. 22 LEC de una forma excesivamente rigorista y desproporcionada, anticipando un juicio de fondo que le privó al actor de la oportunidad de intervenir en el procedimiento, efectuando las alegaciones oportunas y empleando los medios de prueba pertinentes.

2) Posición del Tribunal:

De entrada y con remisión a la STC 130/2022, de 24 de octubre, considera el Tribunal que el supuesto planteado goza de especial trascendencia constitucional. En concreto, (i) La eventual vulneración se habría cometido en el marco de un proceso especial, el regulado por el art. 780 LEC, que reviste especial trascendencia por la naturaleza de los bienes jurídicos que está llamado a tutelar; y (ii) Dicho proceso especial sirve, además, como vehículo indirecto para la impugnación de los decretos de determinación de edad dictados por el Ministerio Fiscal.

Por lo demás, apela a su doctrina sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción y aclara que el demandante en amparo, a través del proceso especial que había promovido, no solo buscaba la revocación de la resolución administrativa que le rehusó la tutela como menor, sino que pretendía también un reconocimiento de la autenticidad de su documentación personal que pusiera término a la discordancia que el decreto del fiscal había introducido entre la edad que figuraba en aquella y la que le asignaba la fiscalía.

3) Decisión del Tribunal:

El Tribunal concluye que las resoluciones del Juzgado y de la Audiencia no superan el canon constitucional del acceso a la jurisdicción, pues fundamentan la causa de terminación anticipada del procedimiento, por satisfacción extraprocesal del interés legítimo impetrado, prevista en el art. 22.1 LEC, en una errónea y parcial intelección del contenido y alcance de los fundamentos y pedimentos deducidos en la demanda de oposición. Y así, impidieron un debate contradictorio y la posibilidad de proponer y practicar prueba, frustrándose de este modo su función constitucional de garantía de la primacía del interés superior del menor (art. 39.4 CE) y de preservación de su identidad.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional en esta sentencia concede el amparo solicitado y, de conformidad con el art. 55 LOTC, ordena restablecer el derecho mediante la anulación de las resoluciones impugnadas y la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado del auto que tuvo por finalizado el proceso especial regulado en el art. 780 LEC.

STC 83/2023, 4 de julio.

RA: desestimado.

Ponente: Campo. Voto particular: Balaguer. Votos concurrentes: Sáez y Díez.

Conceptos: Derecho al honor y libertad de expresión. Plataformas en internet y páginas web.

Preceptos de referencia: Arts. 18, 20.1 y 24.1 CE; arts. 9 y 10 CEDH.

Sentencias relacionadas: SSTC 27/2020, de 24 de febrero y 172/2020, de 19 de noviembre.

Resumen: La libertad de expresión no puede amparar las expresiones vejatorias que sean totalmente innecesarias, ni siquiera en un contexto de crítica política.

1) Antecedentes del caso:

– Una empresa, Menáme Comunicaciones, S. L., publica en su página web un enlace a una noticia externa que había sido publicada en un medio de comunicación digital y que hacía referencia a que «El concejal de fiestas del Partido Popular de Marbella [en ese momento, don D. L. M.] gastó 14 600 euros en teléfono en un mes». Con ocasión de la incorporación de este enlace al sitio web, varios usuarios redactaron y remitieron comentarios escritos en la sección expresamente habilitada para introducir mensajes relacionados, sin identificación de su autor. Resultaban accesibles a cualquier usuario de la red.

Don D. L. M. exigió la retirada de los referidos comentarios y que se le facilitara la identidad de sus autores, con apercibimiento de iniciar acciones legales. La empresa de anterior referencia no atendió tal petición y don D. L. M. presentó demanda de juicio ordinario contra dicha entidad por intromisión ilegítima en su derecho al honor, conforme a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella desestimó la demanda. La sentencia fue recurrida en apelación y la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga estimó el recurso, revocó la resolución de instancia y declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del entonces apelante. Esta última sentencia fue recurrida en casación y la Sala Primera del Tribunal Supremo desestimó el recurso. El posterior incidente de nulidad de actuaciones planteado también ante la sala, fue inadmitido, por considerar el Alto Tribunal que la queja relativa a la errónea resolución del conflicto entre honor y libertad de expresión es solo la «expresión de la discrepancia de la mercantil solicitante con el criterio de enjuiciamiento de esta sala», lo que no se corresponde con la función que el ordenamiento procesal reserva al incidente de nulidad de actuaciones.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional:

– La mercantil recurrente en amparo entiende vulnerado el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], por entender que ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo realizaron una adecuada ponderación entre el mencionado derecho y el derecho al honor de la contraparte.

Alega la demandante, en síntesis, que no tiene la condición de «medio de comunicación» sino de «mero agregador de contenidos de internet». Es decir, no publica noticias ni reportajes propios; se limita a poner enlaces a noticias de medios ajenos, aportados por los numerosos usuarios. Ello la configura como intermediario de internet, con un régimen jurídico específico y distinto del aplicable a los medios de comunicación directa, que le exime de responsabilidad respecto a los mensajes procedentes de los usuarios de la página publicados por sus propios autores.

En definitiva, considera que se ha vulnerado, de un lado, el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 a) CE. Y así, sostiene que el contexto donde se emitieron las expresiones denunciadas justificaba que estas se produjeran en el marco de una «crítica» y que las expresiones utilizadas eran de uso habitual y coloquial y equivalían a calificativos descriptivos de la conducta imputada en la noticia publicada.

De otro, entiende vulnerado el art. 24.1 CE. En primer lugar, por considerar que la interpretación extensiva del concepto de «conocimiento efectivo» contenido en el art. 16 de la Ley 30/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [en adelante, LSSI] vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la motivación. Además, el Tribunal Supremo habría incurrido en un vicio de incongruencia omisiva, al no haber valorado la totalidad de las pruebas presentadas por la demandante. Por lo demás, la inadmisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones constituye una vulneración del derecho de defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Por último, sostiene la recurrente que, en el marco de los nuevos medios de comunicación y uso de redes sociales, debe procederse a una mayor flexibilidad en la admisión de determinadas manifestaciones coloquiales que constituyen críticas tolerables respecto a quienes se dedican a actividades políticas.

– El Ministerio Fiscal solicita que se desestime el recurso de amparo por entender, de un lado, que no se habría producido una vulneración del derecho a la libertad de expresión, toda vez que las expresiones utilizadas eran innecesarias y netamente vejatorias.

Finaliza su informe considerando que la gravedad de una ofensa al honor depende del alcance de esa ofensa y no de su difusión. Por tanto, el uso de las redes sociales no debe influir en el tratamiento general de estos supuestos de colisión de derechos, como el que se examina.

Por lo demás, considera el representante del Ministerio Público que el Tribunal Supremo no ha incurrido en una incongruencia omisiva y ha inadmitido el incidente de nulidad interpuesto con suficiente motivación.

3) Análisis y posición del Tribunal.—Con carácter previo a resolver lo procedente, el Tribunal aclara dos cuestiones: 1) La cuestionada legitimación de la mercantil recurrente en el recurso de amparo viene determinada por su condición de parte en el proceso *a quo* y por su interés legítimo en defender la libertad de expresión de los usuarios anónimos de sus servicios de intermediación; y 2) El contenido alojado por la actora que fue reputado ilícito en el proceso civil no fue el enlace a la noticia externa, sino, exclusivamente, ciertos comentarios de usuarios anónimos. Por ello, el derecho a dar y recibir información veraz queda al margen del presente proceso de amparo.

A continuación, el Tribunal analiza los siguientes aspectos:

Libertad de expresión y derecho al honor.—El Alto Tribunal recuerda su consolidada doctrina constitucional, que subraya repetidamente que la libertad de expresión ha de gozar «de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», y que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor» (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4; 50/2010, de 4 de octubre, FJ 7; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, y 112/2016, de 20 de junio, FJ 2). Y así, tanto los límites

a la libertad de expresión, como su contenido, han de ser «interpretados de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado» (SSTC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, y 112/2016, de 28 de junio, FJ 2).

Añade el Tribunal que las críticas de la conducta de otro pueden estar incluidas en la libertad de expresión, siempre que no sean absolutamente injuriosas, ultrajantes u oprobiosas. Y así, «el ejercicio del derecho de crítica no permite emplear expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para lo que se desea expresar, que bien pueden constituir intromisiones constitucionalmente ilegítimas en el honor o en la intimidad personal o familiar ajenas» (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 3; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3, y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6).

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de una reiterada doctrina, ha venido afirmando que el ejercicio de la libertad de expresión (art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH) puede amparar la utilización de «frases vulgares o soeces» cuando estas se encuentran irremediablemente vinculadas al mensaje que se trata de transmitir. De esta manera, el empleo de este tipo de locuciones quedará fuera del ámbito de protección del art. 10 CEDH cuando aparezcan desvinculadas de la crítica que se trate de verter, cuando supongan «una vejación gratuita» (STEDH de 28 de septiembre de 2020, asunto *Lopes Gomes Da Silva c. Portugal*, § 34) o «cuando el único propósito de la declaración ofensiva sea insultar» (STEDH de 27 de mayo de 2003, asunto *Skalka c. Polonia*, § 34).

Por último, apunta el Tribunal europeo que el nivel de tolerancia debe ser aún mayor cuando las expresiones críticas se dirigen a los representantes políticos, autoridades y cargos públicos. (con cita de la STEDH de 28 de septiembre de 2020, asunto *Lopes Gomes Da Silva c. Portugal*, § 30).

Derecho al honor y libertad de expresión en el contexto de Internet.—Con expresa alusión al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional deja sentado que las específicas características del uso de internet y redes sociales, así como del modo y difusión que alcanzan sus mensajes, deben ser tenidas en cuenta en orden a concretar las reglas de delimitación entre derechos, para garantizar su promoción, pero también su debida protección.

Es por ello que «la transformación derivada de las nuevas formas de comunicación y la generalización de su uso, no produce un vaciamiento de la protección constitucional de los derechos fundamentales y tampoco altera [...] los criterios asentados por nuestra reiterada doctrina sobre la función de este tribunal para apreciar si ha existido una vulneración del derecho al honor», de tal manera que «si la conducta es lesiva del derecho al honor fuera de la red, también lo es en ella» (STC 93/2021, de 10 de mayo, FJ 2).

A lo expuesto se han de añadir y destacar adicionales dificultades de control y reacción, ante el contenido de los mensajes difundidos en internet, que derivan de algunas de las características estructurales de la comunicación digital (STC 8/2022, de 27 de enero).

Finaliza diciendo el Tribunal que la difusión en línea de ataques personales, que sobrepasan el marco de un debate sobre las ideas, no está protegida por la libertad de expresión (en este sentido, SSTEDH de 16 de enero de 2014, asunto *Tierbefreier E. V. c. Alemania*, y la muy reciente, de 15 de mayo de 2023, asunto *Sánchez c. Francia*, de la Gran Sala).

4) Decisión del Tribunal:

El Tribunal constitucional desestima la demanda de amparo por los siguientes motivos:

- 1) En lo relativo a la cuestionada vulneración del derecho a la libertad de expresión:

Quienes participan en la vida pública no quedan privados de ser titulares del derecho al honor. Y así, incluso en un ámbito en el que los límites de la crítica permisible son más amplios, la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, lo que significa que de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad, sean ofensivas o ultrajantes y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate. En el caso examinado el calificativo utilizado no contribuye ni está al servicio de la formación de una opinión pública libre e informada, función que sí desarrollaba la noticia que se comentaba.

Además, debe tomarse en consideración que (i) la expresión utilizada se incorpora a un medio tecnológico con especial potencialidad lesiva del honor individual, que no agota sus efectos en el contexto pasajero de una conversación oral, sino que permanece como contenido público fácilmente accesible; y (ii) el anonimato del autor intensifica el elemento de pura vejación, pues el destinatario del insulto queda particularmente indefenso.

- 2) Respecto de la alegada vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal:

a) Las sentencias impugnadas motivaron suficientemente su interpretación acerca del requisito de «conocimiento efectivo» contenido en el art. 16 LSSI. Debe recordarse a este respecto que el mencionado precepto exime de responsabilidad a los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos, cuando no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o lesiva. O, aún teniéndolo, cuando actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Pues bien, aquellas resoluciones estimaron que, tanto el correo electrónico dirigido por don D. L. M., a la dirección facilitada por el propio sitio web de Menéame para la denuncia de contenidos abusivos, como el posterior burofax dirigido al domicilio social de dicha entidad, eran medios idóneos para que la mercantil titular del servicio de intermediación tuviera «conocimiento efectivo» de que alojaba un contenido de carácter ilícito. Esta motivación de la decisión adoptada no puede considerarse arbitraria, irrazonable o incursa en error patente.

b) La pretensión formulada por la demandante de amparo fue contestada. El Tribunal Supremo, al entender que la entidad intermediadora había tenido conocimiento efectivo del contenido ilícito alojado en su sitio web, descarta implícitamente la relevancia de la alegación de la recurrente relativa a la falta de identificación del contenido ilícito a través su ubicación exacta (proporcionando la denominada «URL»). No ha tenido lugar, por tanto, la denunciada incongruencia omisiva o *ex silentio*.

c) Finalmente, entiende el Tribunal Constitucional que la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, dictada por el Tribunal Supremo, no incurre en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica.

5) Voto particular:

La magistrada Balaguer Callejón emite voto particular y discrepa en este caso de la decisión adoptada por el Tribunal. Sostiene que la aplicación de los criterios de ponderación se lleva a cabo en este caso sin tener en cuenta la relevancia material de la libertad de expresión y los potenciales ataques al honor en el contexto de internet, más cuando el sujeto supuestamente ofendido por las expresiones es un representante público.

Entiende que la jurisprudencia preexistente sobre derecho al honor y libertad de expresión debe trasladarse con ciertos matices a una situación con las particularidades que presenta la difusión de un determinado mensaje a través de internet. Y así, siguiendo con la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal de Estrasburgo, sostiene que estos foros de comunicación en internet sí pueden, por su función e impacto, asumir una serie de deberes y responsabilidades, en particular en lo que respecta a los contenidos generados por terceros en los espacios habilitados para ello (por todas, STEDH de 16 de junio de 2015, asunto *Delfi AS c. Estonia*). A este objetivo responde en nuestro ordenamiento jurídico el art. 16 LSSI, en el que se establece la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, de tal forma que no serán responsables de la información que se vuelque en su espacio por terceros, cuando no tenga conocimiento efectivo de que los comentarios son o lesionan bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, y, en caso de ser conocedores de dicha situación, actúen con diligencia para retirar los comentarios. A estos efectos, añade que, para ponderar el cumplimiento de la diligencia debida que se exige en el art. 16 LSSI, habrá de tenerse en cuenta el contexto de los comentarios, las personas implicadas, las medidas aplicadas por la sociedad demandante para impedir o eliminar los comentarios difamatorios y, en su caso, la responsabilidad de los autores reales de los comentarios (con cita de la STEDH de 16 de junio de 2015, asunto *Delfi AS c. Estonia*, § 42-43).

En definitiva, para articular el derecho al honor como límite al ejercicio de las libertades de comunicación que se canalizan a través de internet y, en particular, a través de las redes sociales, era necesario tomar en consideración, al menos, una serie de elementos de ponderación: la superior capacidad de influir en la opinión pública de las redes sociales y demás plataformas de comunicación de internet; la autoría de las opiniones o informaciones de quienes se manifiestan a través de las redes o en las plataformas; los destinatarios del mensaje, tanto los potenciales como los que finalmente han resultado receptores del mismo; el contenido de los mensajes, etc.

Aplicando lo expuesto al caso examinado, la magistrada considera que la expresión proferida no añadió un descrédito adicional en relación con la información ya publicada, por lo que no puede estimarse que el citado término fuera gravemente ofensivo o insultante. Además, a su entender, no se ponderó el medio a través del cual fueron proferidas las referidas expresiones, así como la relevancia pública que estas mismas alcanzaron, ni el anonimato de quien las profirió, ni el hecho de que fuera un representante político respecto del que se habían difundido una serie de hechos poco encomiables.

Apunta que el tema de la titularidad de derechos fundamentales por parte de estas empresas tecnológicas es una cuestión altamente controvertida y todavía sin una respuesta clara y definitiva en Europa.

Por último, tras mencionar que existe un debate doctrinal central sobre cuál debe ser la naturaleza jurídica que ha de reconocerse a estas plataformas y exponer la dos líneas existentes, insiste en la importancia de determinar el alcance de la titularidad de las libertades comunicativas en internet.

6) Votos particulares concurrentes:

El magistrado Sáez y la magistrada Díez están conformes con la denegación del amparo y con la delimitación de la libertad de expresión que ha sustentado la decisión. No obstante, consideran que la sentencia se desentiende del alcance del derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE) y solo examina el conflicto desde la perspectiva de las obligaciones de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, confirmando en alguna medida la impunidad de dichos operadores en el ciberespacio, lo que contrasta con el régimen que se asocia a los medios de comunicación tradicionales.

Con cita de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 34/2002, y del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, que modificó la Directiva, nos recuerdan los magistrados que los prestadores de servicios de internet, cuando desarrollan una actividad «meramente técnica, automática y pasiva», sin conocimiento ni control sobre la información, están sujetos a un régimen excepcional de irresponsabilidad por la divulgación de contenidos ilícitos. De este modo, solo deben actuar con la debida diligencia una vez que se les advierte de la ilicitud, según el sistema de aviso previo.

Pues bien, los magistrados que emiten el voto particular concurrente consideran que en el caso examinado la demandante de amparo no es un simple intermediario técnico ni un operador neutral y pasivo; tampoco un mero alojador o agregador de contenidos de sus usuarios. Lo importante es atender a la actividad que realiza y en este caso sus labores van más allá de la mera manipulación técnica que pide la norma; son propias de un editor de contenidos, en el sentido de que se decide qué publicar y qué no; se valoran las informaciones, se califican y ordenan con rúbricas, secciones y etiquetas, y se establecen prioridades. Por todo ello, concluyen los magistrados diciendo que la carencia de procedimientos para controlar y filtrar esos contenidos, o de mecanismos para atender con diligencia a las obligaciones del prestador en un sistema de aviso previo, no pueden determinar su régimen de responsabilidad por la lesión de un derecho fundamental.

Añaden que la sentencia tampoco valoró que las opiniones publicadas eran anónimas, lo que garantiza la total impunidad de quienes vulneran la reputación u otros derechos de terceros en su plataforma o medio de comunicación, y nuevamente obliga a plantearse a qué medios y actividades puede aplicarse el régimen de limitación de responsabilidad por la difusión de contenidos difamatorios en la red desde la perspectiva de la protección del derecho fundamental al honor.

Por último, tras destacar las singularidades que ofrecen los procesos de comunicación en el ciberespacio y la presencia de prestadores de servicios de intermediación, así como las dificultades para diferenciar a estos últimos de los proveedores de contenidos, concluyen considerando que la sentencia

debería haber aprovechado para confirmar o apartarse de la doctrina elaborada por este mismo tribunal a propósito de la actividad de los medios tradicionales de comunicación de masas (prensa en papel, radio y televisión), con cita de la STC 336/1993, de 15 de noviembre.

STC 91/2023, 11 de septiembre.

RA: estimado.

Ponente: Conde-Pumpido.

Conceptos: Ejecución hipotecaria; cláusulas abusivas; costas procesales; primacía del derecho de la Unión Europea; tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Directiva 93/13/CEE; y art. 394 LEC.

Resumen: La entidad financiera que se vale de una cláusula cuya naturaleza abusiva ha sido ya declarada por la jurisprudencia es la genuina responsable de la situación litigiosa generada por su uso.

1) Antecedentes del caso:

– En un proceso civil ejecutivo hipotecario fue apreciado, por auto, el carácter abusivo de dos de las cláusulas contractuales pactadas por un consumidor con una entidad bancaria. Concretamente, la denominada cláusula suelo y la que establecía el interés de demora. La resolución no examinó inicialmente la alegada abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado por apreciar que no había sido invocada para solicitar la ejecución.

En lo relativo a las costas procesales, no se hizo especial pronunciamiento en aplicación del art. 394 LEC, por haber sido parcial la estimación de la oposición a la ejecución.

– El auto que estimaba parcialmente la oposición a la ejecución fue recurrido en apelación. Paralelamente y como consecuencia de haber concluido un proceso civil conexo, se (i) apreció de oficio el carácter abusivo y nulo de la cláusula que preveía la posibilidad de vencimiento anticipado del préstamo por impago de una sola cuota de capital o de los intereses pactados y se acordó el sobreseimiento y archivo del proceso de ejecución. No se impusieron las costas del proceso de ejecución a ninguna de las partes por concurrir serias dudas de derecho como consecuencia de una jurisprudencia en constante evolución.

– La consumidora ejecutada presentó un nuevo recurso de apelación frente al pronunciamiento sobre las costas procesales, solicitando que se impusieran a la entidad bancaria ejecutante.

– La Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó sin hacer expresa imposición de las costas del recurso.

2) Posición de las partes:

– La recurrente en amparo considera que las resoluciones judiciales han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. Considera que las costas procesales inciden sobre el derecho de acceso a la jurisdicción en tanto pueden desincentivar a los consumidores a defender sus derechos en la vía judicial. Añade que no son fundadas las dudas de derecho que fundamentan el pronunciamiento en costas y que el criterio judicial aplicado en este caso es contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia

de la Unión Europea (SSTS núm. 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, de 17 de septiembre; así como la STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, *CY c. Caixabank, S. A., y LG y PK c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.*).

— La representación procesal de la entidad bancaria solicita la desestimación del recurso con base a los siguientes argumentos: (i) la recurrente carece de interés legítimo en este proceso de amparo por tener reconocido el beneficio de justicia gratuita; (ii) no se ha producido la vulneración de derecho fundamental alegada ni, en sí misma, presenta especial trascendencia constitucional; (iii) la decisión de no imponer las costas del proceso de ejecución a la entidad bancaria ejecutante es razonable, dado que la jurisprudencia que se cita para fundamentar la vulneración alegada se refiere a cláusulas contractuales distintas de la de vencimiento anticipado; y (iv) el pronunciamiento sobre costas no es parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

— El Ministerio Fiscal solicita la estimación del recurso de amparo con declaración de nulidad de la resolución judicial a que se refiere, por entender que las resoluciones judiciales que han omitido realizar un pronunciamiento en costas, no solo vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, sino que provocan un efecto disuasorio inverso y colisionan con el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.

3) Análisis y decisión del Tribunal:

Previo al examen de la cuestión de fondo, el tribunal confirma que la cuestión planteada en el recurso de amparo presenta especial trascendencia constitucional al versar sobre la incidencia que, en la interpretación de las normas nacionales sobre el pronunciamiento en costas en el proceso civil, ha de tener la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la ha interpretado en ese aspecto específico. Por lo demás, aprecia la legitimación de la demandante en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva alegado, por su previa condición de parte en el proceso *a quo* [art. 46.1 b) LOTC].

Tras recordar su propia doctrina sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal considera que la respuesta judicial recibida en materia de costas procesales puede ser calificada, en términos jurídicos, como manifestamente irrazonada e irracional. Y así, estas son, en síntesis, su razones:

(i) El Derecho de la Unión Europea, aplicable al objeto del litigio seguido en la vía judicial precedente, reconoce a los consumidores el derecho a acudir a un juez para que declare el carácter abusivo de una cláusula contractual concertada con un profesional, y para que deje de serle aplicada; por su parte, la regulación nacional debe respetar los principios de tutela judicial, equivalencia y efectividad, de forma que sus previsiones no sean menos favorables que las aplicables a situaciones similares sometidas al Derecho interno –principio de equivalencia– y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario –principio de efectividad– (STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, *Mostaza Claro*, apartado 24, y de 31 de mayo de 2018, asunto C-483/16, *Sziber*, apartado 35 y jurisprudencia citada).

(ii) Los costes de un proceso judicial en el que se puede hacer valer el carácter abusivo de cláusulas contractuales no negociadas concertadas con profesionales pueden tener un efecto disuasor sobre los consumidores.

(iii) El Pleno de este tribunal declaró inconstitucional y contraria al derecho a la tutela judicial efectiva la previsión excepcional sobre condena en costas en caso de allanamiento total o parcial de las entidades de crédito (art. 4.2), en los supuestos a que se refiere el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (STC 156/2021, de 16 de septiembre).

(iv) La entidad financiera que se vale de una cláusula cuya naturaleza abusiva ha sido ya declarada por la jurisprudencia es la genuina responsable de la situación litigiosa generada por su uso.

(v) La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha excluido que, en los litigios sobre cláusulas abusivas en los que la demanda del consumidor resulte estimada, pueda aplicarse la excepción al principio de vencimiento objetivo en materia de costas basada en la existencia de serias dudas de derecho (SSTS 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, de 17 de septiembre).

En consecuencia, procede la estimación del recurso de amparo.

STC 146/2023, 26 de octubre.

RI: estimado.

Ponente: Espejel.

Conceptos: Personas con discapacidad. Autorización judicial. Jurisdicción voluntaria.

Preceptos de referencia: Disposición adicional segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad; art. 5.2 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE); arts. 149.1.6 y 149.1.8 CE; art. 9 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; art. 287.1 CC.

Resumen: La disposición adicional segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad, invade la competencia general en materia procesal que corresponde al Estado (art. 149.1.6 CE).

1) Antecedentes y posición de las partes:

En el recurso de inconstitucionalidad que se examina, promovido por el presidente del Gobierno, se impugna la disposición adicional segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad.

La citada disposición adicional segunda establece, bajo la rúbrica «En favor del derecho reconocido de la vida de las personas con discapacidad», que «[e]n todo caso, cuando se pretenda llevar a cabo cualquier actuación que afecte al derecho a la vida de la persona con discapacidad a la que se haya provisto de un apoyo de carácter representativo para el ejercicio de la capacidad jurídica o se determine de manera expresa en la resolución que

estableció el apoyo, se tramitará un procedimiento de jurisdicción voluntaria para la solicitud de autorización judicial».

– Considera el recurrente que dicha disposición vulnera, de un lado, las competencias del Estado (149.1.6 y 149.1.8 CE) al establecer requisitos civiles y procesales para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sobre los que la comunidad autónoma carece de competencia. Y así, a su entender, corresponde al Estado regular las cuestiones relativas a la capacidad y estado civil de las personas y los efectos de las circunstancias que modifican una y otro, entre las que se incluyen los supuestos en que el representante de una persona con discapacidad –el curador– necesita autorización judicial para actuar en su nombre y el procedimiento judicial aplicable al efecto.

De otro, sostiene el recurrente que concurre vulneración de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE), por regular requisitos adicionales y distintos a los previstos en el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE).

Añade el recurrente que también se vulnera (i) el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), habida cuenta de que el ciudadano o ciudadana que quisiese ejercitar su derecho a acceder a la prestación de la ayuda a morir (*ex art. 1 LORE*) no sabría con exactitud los requisitos a los que se ha de atener, esto es, si los previstos en el artículo 5 LORE, o –además de estos– los exigidos por la disposición adicional segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023, de 15 de febrero; y (ii) el artículo 9 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, al que se remite el citado artículo 287.1 CC.

– El Letrado de la Comunidad de Madrid solicita que el tribunal dicte sentencia ajustada a derecho, haciendo suyas las objeciones competenciales expresadas por los Letrados de la Asamblea de Madrid en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley en relación con la enmienda que dio lugar a la disposición adicional segunda ahora impugnada.

2) Decisión del Tribunal:

La norma cuestionada establece regulación procesal al exigir autorización judicial, por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria, cuando se pretenda llevar a cabo cualquier actuación que afecte al derecho a la vida de la persona con discapacidad a la que se haya provisto de un apoyo de carácter representativo para el ejercicio de la capacidad jurídica o se determine de manera expresa en la resolución que estableció el apoyo.

La legislación procesal es una «competencia general» del Estado (art. 149.1.6 CE) y una competencia autonómica «de orden limitado», circunscrita a «las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas» (STC 72/2021, entre otras).

En el caso examinado la competencia para dictar esta norma no puede encontrarse amparada en la salvedad prevista en el art. 149.1.6 CE. No se ha justificado la peculiaridad del derecho sustantivo autonómico a la que pudiera asociarse la singularidad procesal cuestionada.

En consecuencia, la disposición adicional segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023 invade la competencia general en materia procesal que corresponde al Estado (art. 149.1.6 CE), por lo que procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición impugnada.

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Resolución comentada

La desheredación de los legitimarios menores de edad (a propósito de la RDGSJFP de 15 de enero de 2024)

ANTONI VAQUER ALOY*
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Lleida

RESUMEN

Al hilo de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de enero de 2024, se analiza si cabe la desheredación de legitimarios menores de edad. Se defiende que es preciso un análisis específico de cada una de las diversas causas de desheredación. Como consecuencia de ello, se concluye que los menores de edad pueden incurrir en algunas de las causas si tienen la edad para ser imputables penalmente y suficiente capacidad de discernimiento para valorar su conducta y las consecuencias que resultan de ella. Específicamente en relación con el maltrato psicológico y la falta de relación familiar continuada y manifiesta como causa de desheredación, el hecho de que se requiera un lapso de tiempo en que quede acreditada dicha falta de relación familiar impide usualmente que la desheredación pueda estimarse justa.

* El presente trabajo se enmarca en las actividades del grupo de investigación consolidado financiado por la Generalitat de Catalunya 2021 SGR 00057. El autor agradece los comentarios a una versión preliminar de este trabajo del profesor Bruno Rodríguez-Rosado (Universidad de Málaga), la ayuda bibliográfica prestada por el profesor Francisco José Infante Ruiz (Universidad Pablo de Olavide) y las atinadas observaciones de los o las pares. Cualquier error es únicamente imputable al autor.

PALABRAS CLAVE

Legítima. Desheredación. Menores de edad. Falta de relación familiar.

Disinheritance of minors of age (Comment on the RDGSGFP of 15 March 2024)

ABSTRACT

The Resolution of the Directorate General for Legal Certainty and Public Faith of 15 January 2024, addresses the question of the disinheritance of minors of age. The first conclusion is that a specific analysis of each of the different grounds for disinheritance is necessary. Consequently, minors can incur in some of the grounds provided that they have reached the age to be criminally imputable and have enough capacity for discernment to assess their behaviour and the consequences resulting from it. Specifically in relation to psychological mistreatment and the continuous and manifest lack of family relationship as a ground for disinheritance, the fact that a certain period verifying this lack of family relationship is needed usually prevents a fair disinheritance.

KEY WORDS

Compulsory share. Disinheritance. Minors of age. Lack of family relationship.

SUMARIO: I. *La RDGSJFP de 15 de enero de 2024: supuesto de hecho y argumentos.* 1. Supuesto de hecho. 2. La calificación negativa de la registradora de la propiedad. 3. El recurso del notario. 4. La decisión de la Dirección General.–II. *Marco jurisprudencial.* 1. El TSJ de Cataluña y la desheredación de menores por falta de relación familiar. 2. Extinción de la obligación de alimentos por causa de desheredación.–III. *La desheredación de menores de edad: necesidad de una aproximación casuística y ámbito.*–IV. *Las causas de indignidad.*–V. *La negación de alimentos.*–VI. *El maltrato de obra y las injurias graves.*–VII. *El maltrato psicológico y la falta de relación familiar manifiesta y continuada imputable exclusivamente al legitimario.*–VIII. *Conclusiones.*–Bibliografía.–Jurisprudencia citada.

I. LA RDGSJFP DE 15 DE ENERO DE 2024: SUPUESTO DE HECHO Y ARGUMENTOS

1. SUPUESTO DE HECHO

En su último testamento, la causante desheredó a uno de sus tres hijos, de acuerdo con el artículo 853.2 del Código Civil, y, asimismo, a sus nietos, hijos del hijo desheredado, «de trece y ocho años de edad respectivamente, conforme al artículo 853, causa 2.^a del Código Civil, toda vez que los mismos han despreciado su persona al no preguntar por ella, ignorándola, y visitarla solo de forma ocasional e interesada cuando han precisado ayuda alguna, por lo que tienen un escaso trato personal con ella, comportamiento que no se corresponde igualmente con el cariño y afecto que se ha de dar a una abuela. Todo ello entiende la testadora que constituye un mal trato psicológico injustificado e inmerecido pues se considera una buena madre y abuela que siempre ha estado disponible cuando la han necesitado y que les ha prestado la ayuda que su situación personal y sus posibilidades le han permitido». Los dos hijos restantes, instituidos herederos, otorgaron la correspondiente escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de su madre.

2. LA CALIFICACIÓN NEGATIVA DE LA REGISTRADORA DE LA PROPIEDAD

Presentada la escritura a inscripción en el Registro de la Propiedad, la registradora califica negativamente. La segunda causa de la calificación, que se subsanó, razón por la que no va a ser tratada, fue la necesidad de manifestar si los nietos desheredados, a su vez, tenían hijos que pudieran ser legitimarios por representación sucesoria. La causa fundamental de la calificación es la imposibilidad legal de desheredar por la causa invocada a los menores de edad. La desheredación requiere, además de la identificación del legítimo afectado y la expresión de la causa de desheredación (aunque no que sea preciso inicialmente acreditar su certeza), la existencia del desheredado al tiempo en que se formalice testamentariamente la voluntad de su exclusión y que entonces tenga aptitud para ser excluido. En efecto, razona la Registradora, con cita de doctrina de la Dirección General, el ámbito del poder de exclusión legitimaria del testador descansa en la imputación al

desheredado de una causa legal de desheredación. Por eso, es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Y aunque es cierto que el Código Civil –a diferencia de lo que hizo algún texto legal anterior, como Las Partidas– no expresa ni concreta la capacidad para ser desheredado, lo que no cabe duda es que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa. Si bien es cierto que la prueba de la veracidad de la causa de desheredación solo se impone a quien resulta favorecido por ella cuando el privado de la legítima impugne la disposición testamentaria, por lo que con carácter general en el ámbito extrajudicial gozan de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima, esta doctrina, sin embargo, no empece para que se niegue *ab initio* eficacia a las desheredaciones que no se funden en una causa de las tipificadas en la ley, o que se refieran a personas inexistentes al tiempo del otorgamiento del testamento, o a personas que, de modo patente e indubitable (por ejemplo, un recién nacido) resulte que no tienen aptitud ni las mínimas condiciones de idoneidad para poder haber realizado o ser responsables de la conducta que se les imputa. En el caso, teniendo los nietos desheredados trece y ocho años de edad, carecen de la aptitud necesaria para que le sea imputada la conducta especialmente gravosa en que la desheredación se funda, lo que determina que sea necesaria su intervención en la adjudicación y partición de la herencia.

3. EL RECURSO DEL NOTARIO

El Notario autorizante de la escritura formula recurso contra la calificación negativa, en el que desgrana diversos argumentos. El argumento de partida es que ha de darse por válido tanto el testamento, título constitutivo de la sucesión que se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad, lo mismo que la desheredación ordenada en el mismo, mientras no sea decretada su ineeficacia en el pertinente juicio contradictorio. Considera el Notario, invocando, también, la doctrina de la Dirección General, que los menores de edad pueden ser desheredados, según los diversos supuestos que

pudieren darse, atendiendo a su nivel de madurez y capacidad, su entorno social y/o familiar u otras circunstancias. En su opinión, el Centro Directivo sostiene que «lo que no cabe duda es que se requiere un «mínimo de madurez» física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa», y señala: «... Sin embargo, esta doctrina no empece para que se niegue *ab initio* eficacia a las desheredaciones... que se refieran a personas inexistentes al tiempo del otorgamiento del testamento, «o a personas que, de modo patente e indubitable (por ejemplo, un recién nacido) resulte que no tienen aptitud ni las mínimas condiciones de idoneidad para poder haber realizado o ser responsables de la conducta que se les imputa». El Notario efectúa un recorrido por las normas que reconocen una capacidad de actuación a los menores de edad –aunque hay que señalar que ninguna de ellas contempla una pérdida de derechos como la desheredación– y se apoya especialmente en el artículo 663.1.^º que reconoce capacidad para testar a los mayores de catorce años. Entiende que es contradictorio que se reconozca capacidad para testar a esa edad y, en cambio, se rechace que a esa edad se pueda ser desheredado. De modo que concluye que algunos menores de edad pueden ser desheredados y que su desheredación dependerá de las circunstancias que se dieren en cada supuesto, correspondiendo a los jueces en exclusiva la decisión de si tienen o no aptitud o capacidad para ser desheredados. La inscripción de la escritura no privaría a los desheredados de su derecho a impugnar la desheredación y, por consiguiente, la partición formalizada. El recurso termina con la transcripción de las conclusiones del artículo publicado por Manuel Ángel Gómez Valenzuela², del que se hará repetido uso en este comentario.

4. LA DECISIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Tras recopilar su doctrina relativa a la desheredación³, la Resolución acepta que el Código civil no fija una edad concreta, tampoco la mayoría de edad, para que proceda la desheredación, razón por la que basta con que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Antes al contrario, se observa una aproximación dinámica a la edad de las per-

² GÓMEZ VALENZUELA, 2021.

³ Sobre la cual, PÉREZ RAMOS, 2021.

sonas en relación con concretos actos, además de que en el Derecho civil común modernamente se ha desarrollado una corriente legislativa muy intensa, que dimana del artículo 39 de la Constitución, encaminada al reconocimiento de los derechos de los menores y a su protección jurídica, libertad de expresión y derecho a ser oído en el ámbito familiar, administrativo y judicial. De la misma forma que se admiten actos jurídicos a los menores de acuerdo con su madurez, también se les debe exigir cierta «solidaridad familiar» y delicadeza con sus ascendientes a los efectos de no ser considerados como imputables de una de las causas de desheredación. Además, a estos casos hay que añadir que cabe que los menores estén emancipados, o que los mayores de edad tengan una discapacidad que los equipare en condiciones de madurez a los menores, sin que se haya planteado la doctrina si estos serían inimputables a los efectos de una hipotética desheredación. Por tanto, se debe concluir que los menores, de acuerdo con sus condiciones de madurez y con las circunstancias de cada caso en particular, pueden ser sujetos pasivos de la desheredación. La clave radica, entonces, en si la apreciación de esas condiciones de madurez, idoneidad y circunstancias particulares solo puede ser realizada por los tribunales de Justicia en el juicio contradictorio oportuno en el que el desheredado, o sus representantes legales, puedan defender sus derechos como legitimario; o, por el contrario, en el ámbito extrajudicial, la Registradora tiene competencia para, sin esa previa resolución judicial, negar la eficacia de un testamento en el que se ordena la desheredación de descendientes de la testadora menores de edad. En general, aun cuando el testamento contenga la desheredación de un menor de edad, no cabe negar su eficacia en el ámbito del procedimiento registral, sin una previa declaración judicial en un proceso contradictorio en que se haya enjuiciado la imputabilidad del menor. Ahora bien, por debajo de un determinado límite de edad del desheredado, la conclusión ha de ser la contraria, de modo que deba partirse de su inimputabilidad a falta del correspondiente pronunciamiento judicial sobre las condiciones de madurez del menor que le hagan apto para ser sujeto pasivo de la desheredación. Este límite de edad se fija en catorce años, que es la edad exigida para otorgar testamento –salvo el ológrafo– así como la establecida como límite mínimo para la exigencia de responsabilidad sancionadora con arreglo a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (cfr. artículo 3, según el cual a los menores de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a dicha Ley, sino que se les aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en

el Código Civil y demás disposiciones vigentes). Por lo que, en el caso del presente recurso, al tener los desheredados la edad de ocho y trece años, respectivamente, debe confirmarse la calificación impugnada.

II. MARCO JURISPRUDENCIAL

1. EL TSJ DE CATALUÑA Y LA DESHEREDACIÓN DE MENORES POR FALTA DE RELACIÓN FAMILIAR

El Tribunal Supremo no ha tenido la oportunidad, directamente, de sentar doctrina sobre la desheredación de los menores de edad. En cambio, sí ha tenido que pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, concretamente en la sentencia 54/2023, de 18 de septiembre⁴, aunque no puede afirmarse que haya establecido jurisprudencia al respecto, pues su aproximación es muy casuística, esto es, resuelve el caso concreto con sus particularidades. El causante, que falleció el 19 de agosto de 2017, en su testamento notarial otorgado el 17 de febrero de 2014 desheredó a su nieta «por la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar tipificada en el artículo 451-17, número 2 del Código Civil de Catalunya». La nieta tenía 21 años cuando falleció su abuelo. En juicio, la nieta reconoció que nunca intentó hablar con su abuelo o verlo; que para ella era un desconocido y que le daba miedo ir a buscarlo y sentir su rechazo. El abuelo había interpuesto una demanda solicitando derecho de visitas con su nieta, que se concedió, pero no se hizo efectivo porque generaba en la nieta sufrimiento y angustia y provocó que los especialistas del juzgado desaconsejaran las visitas. La causa de la mala relación se origina en los conflictos suscitados entre el abuelo y su nuera, madre de la nieta, tras el fallecimiento de su hijo.

Como punto de partida significativo, la sentencia realiza una afirmación sorprendente: «El haber incorporado el derecho civil catalán la institución del desheredamiento por primera vez con la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por Causa de Muerte, es una muestra (que debemos tener en cuenta) de la fuerza y el valor que tenía históricamente la legítima como parte de la masa hereditaria del causante que debía de pasar forzosamente a sus herederos forzosos. En el Derecho Civil de Cataluña, como se

⁴ Roj: STSJ CAT 8710/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:8710.

verá más adelante la legítima va perdiendo fuerza en los tiempos actuales, pero el legislador aun no la ha suprimido manteniendo esta exigencia de destino de una parte del caudal relicto a los hijos o descendientes (en este supuesto), por razones entre otras de carácter moral». Ciertamente, no había regulación propia de la desheredación hasta el Código de Sucesiones, pero eso no significa que no fuera posible desheredar en Cataluña, sino que se aplicaba supletoriamente el Código civil y sus normas en la materia. La relación entre legítima –un derecho sucesorio legal de naturaleza crediticia desde su primera regulación autóctona en el siglo XIV– y moral es, cuando menos, discutible. En todo caso, esta afirmación apunta hacia una aplicación restrictiva de la desheredación. De ahí que, más adelante, añada: «la legítima es una institución con profundo arraigo histórico-legislativo, y aun cuando las circunstancias sociales actuales hayan provocado que parte de la doctrina esté a favor de su supresión, ello no ha sido suficiente para que el legislador haya decidido eliminar una de las instituciones ampliamente reconocidas en derecho sucesorio». Otra afirmación a tener en cuenta es que entiende «el derecho legitimario fundamentado en la consanguinidad y parentesco», cuando es evidente que los hijos adoptivos tienen el mismo derecho a la legítima que el resto de hijos, con una regulación específica en el artículo 451-3.4 CCCat de los supuestos de adopción por el cónyuge o conviviente y por parientes, y que el parentesco se limita a la línea directa descendiente y a los progenitores.

La decisión de la Sala de reputar injusta la desheredación tiene un doble fundamento: la falta de relación familiar no solo no es imputable exclusivamente a la legitimaria, sino que se atribuye en buena parte al propio causante, entre otras razones por las demandas contra la madre de la menor desheredada, entre las que incluye, con cierta paradoja, la demanda solicitando un régimen de visitas; y que la nieta, cuando fue desheredada, estaba en potestad de su madre. Finalmente, se destaca que, en su vejez, el causante no requirió de cuidados y atenciones por la legitimaria, porque fue siempre atendido por el resto de la familia. Este último es un argumento pobre, porque que el testador sea atendido por uno de sus familiares no exime sin más de la solidaridad familiar al resto.

En último término, la sentencia constata que ha dictado dos sentencias anteriores que «abordan también el tema de si es imputable a los hijos o hijas menores de edad la falta de relación con el padre y los efectos que tiene la falta de relación cuando estos alcanzan la mayoría de edad. En ambos casos, las sentencias consideran que los hijos no fueron responsables de la falta de relación, espe-

cialmente cuando eran menores». Pero, en realidad, los supuestos son distintos: en la STSJC 2/2018, de 8 de enero⁵, la separación matrimonial –de la que sigue la pérdida de la relación familiar– se produce cuando las hijas tenían 7 y 3 años, pero la desheredación cuando habían alcanzado 39 y 36 años; y en la STSJC 49/2018, de 31 de mayo⁶, la desheredación se produce cuando los hijos –con los que ciertamente se cortó la relación siendo menores de edad– tenían ya 50, 46 y 45 años, respectivamente. Es decir, habían transcurrido por lo menos 25 años desde su mayoría de edad, por lo que difícilmente puede concebirse que sean supuestos de desheredación de menores. Y la *ratio decidendi* descansa en el primer caso en que fue el padre desheredante quien abandonó a su familia y no realizó ningún intento de retomar la relación, y en el segundo no se observa una ausencia total de relación familiar, sino que en los últimos años de vida se intentó, por lo menos, rehacer puentes.

2. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS POR CAUSA DE DESHEREDACIÓN

Hay otra vía de aproximación a la cuestión: la extinción de la obligación de alimentos de los hijos por falta de relación manifiesta y continuada en tanto de causa de desheredación. Está específicamente previsto en el artículo 152.4 CC, que dispone que cesará la obligación de dar alimentos «cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación», y el Código civil de Cataluña, por la remisión del artículo 237-13 sobre la extinción por «El hecho de que el alimentado, aunque no tenga la condición de legitimario, incurra en alguna de las causas de desheredación establecidas por el artículo 451-17», lo que remite a la causa ya vista de la letra e) de su apartado 2. En cuanto a la remisión a las causas de desheredación del artículo 152.4 CC, ha aceptado la STS 104/2019, de 19 de febrero⁷, que la remisión incluye el maltrato psicológico. Concreta la sentencia que debe dirimirse si la conducta que tenga un hijo mayor de edad hacia su progenitor puede, en función de su intensidad, amparar que se extinga la pensión alimenticia que recibe de él o ha de seguir manteniéndose esta; debe observarse que el Alto Tribunal se centra en la mayoría de edad, porque en el caso de los menores esta causa de extinción no opera, porque no hay propia-

⁵ Roj: STSJ CAT 9/2018 - ECLI:ES:TSJCAT:2018:9.

⁶ Roj: STSJ CAT 5448/2018 - ECLI:ES:TSJCAT:2018:5448.

⁷ Roj: STS 502/2019 - ECLI:ES:TS:2019:502.

mente obligación de alimentos sino deberes paternofiliales (artículo 154 CC). Pero, tratándose de la obligación de alimentos, lo más probable es que el grueso de la falta de relación haya ocurrido durante la minoría de edad. Tal es el caso de esta sentencia 104/2019: los hijos tenían 25 y 20 años y ambos reconocían que durante los últimos diez años no habían mantenido ninguna relación, lo que en el caso de la hija menor supone 8 años de minoría de edad y solo dos de mayoría. Sin entrar en esta cuestión, la sentencia desestima la extinción por entender acreditado que la «falta de relación no es imputable a los hijos, con la caracterización de principal, relevante e intensa» que exige.

Esta STS 104/2019 menciona que los tribunales catalanes se han mostrado poco proclives a declarar la extinción de la obligación de alimentos por concurrir la falta de relación familiar. Ciertamente es así. La primera sentencia del TSJ de Cataluña es la 11/2017, de 2 de marzo⁸, en que la hija alimentista tenía 20 años en el momento de dictarse la sentencia, rechaza la extinción por no ser exclusivamente imputable a ella la falta de relación. Lo mismo, luego, la sentencia 1/2019, de 14 de enero⁹, concerniente a un hijo de 23 años, que pone el centro de gravedad en la conducta de la madre alimentante, por sus impagos de la pensión cuando aquel era todavía menor.

III. LA DESHEREDACIÓN DE MENORES DE EDAD: NECESIDAD DE UNA APROXIMACIÓN CASUÍSTICA Y ÁMBITO

La procedencia de la desheredación de menores de edad no admite una respuesta binaria. Por el contrario, es necesario analizar no solo cada una de las causas legales de desheredación¹⁰, sino los concretos hechos de cada supuesto. La Resolución que sirve de base a este comentario toma en consideración la causa de desheredación de formulación jurisprudencial del maltrato psicológico, y lo que afirma solo vale para esta causa. Cada causa de desheredación responde a un fundamento distinto, por lo que hay que ponderar si la conducta del menor de edad responde a ese fundamento. Por ello, la imputabilidad de la conducta que da lugar a la causa de desheredación debe analizarse para cada causa, sin que pueda afir-

⁸ Roj: STSJ CAT 1448/2017 - ECLI:ES:TSJCAT:2017:1448. Comentada por VIOLA DEMESTRE, 2018.

⁹ Roj: STSJ CAT 441/2019 - ECLI:ES:TSJCAT:2019:441.

¹⁰ Lo mismo, O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 233; GÓMEZ VALENZUELA, 2021, p. 387.

marse una inimputabilidad general del menor¹¹. Y, seguidamente, analizar los hechos del supuesto, para determinar si, a la vista de los hechos, la desheredación es justa o injusta. Ello viene motivado, además, porque ni el Código civil ni los derechos civiles autonómicos establecen una edad mínima para desheredar. Sí lo hacían las Partidas (P 6, 7, 2), fijando la edad mínima de «diez años y medio», porque antes de esa edad el niño es incapaz de ingratitud, según Gregorio López¹²; pero ya la glosa *a* a esta ley advertía: «non potest exhereditatio habere locum in minore nisi talis sit impubis qui possit ese ingratus»¹³.

Por otra parte, es preciso determinar el ámbito de la desheredación en relación con los menores de edad: tanto la RDGSJFP como la STSJ 54/2023 se enfrentan a la desheredación por maltrato psicológico o falta de relación familiar continuada y manifiesta por conductas desarrolladas y con una desheredación ordenada por el causante durante la menor edad o al poco de alcanzar la mayoría, de modo que el grueso de los hechos ha sucedido durante la minoría. Los supuestos en que se deshereda a mayores de edad por una falta de relación que empezó en su minoría de edad, pero que se ha mantenido durante años de mayoría de edad, pertenecen al régimen ordinario de la desheredación con fundamento en esta causa.

IV. LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD

Las causas de indignidad son, también, causas de desheredación, conforme, en el Código civil, al artículo 853; en derecho catalán, artículo 457-15.2.a) CCCat; en Baleares, artículo 7.bis.1.a)

¹¹ Como hace MANZANO FERNÁNDEZ, 2016, p. 1870. Creo que es más ajustado lo que ya dijo RAMOS, 1898, p. 240: «No podemos, por lo tanto, dar como cierto que la edad que indica el Código penal sea general para regular la capacidad del desheredado. Pero no siendo esta base cierta, ¿qué criterio habrá de seguirse? Las causas que después examinaremos nos dirán el criterio que habrá de seguirse, y al especificarlas, nos indicarán si son objeto de un hecho que castiga el Código penal ó si son de aquellos que solamente encuentran su sanción en la esfera del derecho civil: en los primeros creemos que la edad, caso de duda, sea la que dispone el Código penal; en los segundos, será objeto de un juicio, y el Juez habrá de determinar si tenía edad suficiente para discernir y podérsele imputar el hecho como sujeto á la responsabilidad, y como consecuencia, sufrir la desheredación»; de la misma opinión, aunque expresando cautela, PUIG PEÑA, 1976, p. 536; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al, 2007, p. 410; RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1874. Para el derecho catalán, esta es, también, la opinión de RIBOT IGUALADA, 2011, p. 1394. Más opiniones en ORDÁS ALONSO, 2021, pp. 76-79.

¹² Glosa *b*, en *Las Siete Partidas glossadas por Gregorio López*, Salamanca, 1555 (reimpresión BOE, 2011).

¹³ *La sexta Partida que fabla de la ultima voluntad de los homes, & de sus erencias, Con la glosa del Señor Doctor Alfonso de Montalvo*, Leon de Francia (Lyon), 1550.

Comp. Bal.; en derecho aragonés, art. 510.a) CFA; en derecho navarro, ley 270 FN; en derecho gallego, artículo 263.4.^a LDCG. En particular en el Código civil, hay que entender que las causas de indignidad como causas de desheredación se aplican a cualquier legitimario¹⁴. El grueso de las causas de indignidad aparece ligado a la condena en sentencia firme (artículo 756 CC, 328 CDFA, ley 154 FN); los artículos 412-3 CCCat y 7.bis Comp.Bal. especifican que la sentencia debe haberse dictado en sentencia penal. La doctrina, respecto del Código civil, discute si realmente es necesaria la sentencia penal condenatoria. Tiene razón José María Miquel¹⁵ cuando afirma que «[l]a indignidad no es una cuestión penal y parece inadecuado someterla en todo caso a los principios de este Derecho», pero lo cierto es que la redacción legal de los preceptos es la que es, y este argumento literal, junto a una concepción de la legítima como derecho inalienable de los descendientes, deja poco margen, con independencia de que sea oportuno plantear una reflexión sobre una reforma legal¹⁶. Sin embargo, aquí lo que interesa, tratándose de la desheredación de menores de edad, y al socaire de casos que en su momento tuvieron notoria repercusión¹⁷, es si debe exigirse la imputabilidad penal.

La *ratio* de la causa de indignidad por razón de la condena por haber matado o intentado matar al causante descansa en un principio ético: no debe heredar –ni obtener la legítima– quien ha provocado que se abra la sucesión causando la muerte del causante. De ahí que la doctrina exige la comisión dolosa del delito¹⁸, requisito expresamente establecido en el artículo 412-3.a) CCCat; es decir, debe haber una voluntad de matar o de atentar contra la vida del causante. De ahí que se exija la imputabilidad penal, entendida

¹⁴ Por todos, REPRESA POLO, 2016, pp. 71 y 80; INFANTE RUIZ, 2020, pp. 443-444.

¹⁵ MIQUEL, 2021.

¹⁶ Remito a los argumentos de INFANTE RUIZ, 2020 pp. 446-448.

¹⁷ <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20150420/andres-rabadan-asesino-ballesta-4115698> (último acceso, 10/6/2024).

¹⁸ Así, GARCÍA RUBIO, 2011, p. 634; ORDÁS ALONSO, 2021, p. 233; DÍEZ-PICAZO, GULLÓN, 2012, p. 34. En cambio, admite el homicidio imprudente LÓPEZ MATA, 2021, p. 1008. La cuestión no es baladí. Si se exige el delito doloso, como hace expresamente el CCCat, quedan fuera de la desheredación todas las conductas imprudentes, por muy grave que sea la imprudencia. Probablemente el dolo eventual, incluso: pensemos en el menor de 17 años que conduce temerariamente el coche de su padre causando un accidente en que muere la hermana menor, sin que el padre consintiera la conducción, hecho por el que es condenado penalmente, ¿el padre podrían desheredarlo justamente? En contra de que la preterintencionalidad dé lugar a causa de desheredación, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., 1997, pp. 72-73. La verdad es que la rigidez de las causas de indignidad –señalada por ALBALADEJO, 1987, p. 208, y, con él, MENA-BERNAL ESCOBAR, 1995, pp. 56-57– como causas de desheredación y la interpretación mayoritaria que de ellas ha realizado la jurisprudencia no se cohonestan demasiado con la solidaridad familiar como fundamento de la legítima.

como capacidad para comprender la ilicitud del acto cometido¹⁹. Con ello, debe concluirse que los menores de edad inimputables penalmente no pueden ser justamente desheredados²⁰, lo que excluye a todos los que no han cumplido catorce años (artículo 3 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores). Pero los que sean imputables penalmente, sea cual sea el grado de participación, y con independencia de que se condene a privación de libertad o no, sí pueden ser desheredados.

El Tribunal Supremo, aunque no se ha pronunciado directamente en la materia, apunta en esta misma dirección en su sentencia de 16 de junio de 1990²¹, en que se alegaba que alguno de los hechos invocados habría tenido lugar durante la minoría de edad, pues argumenta la Sala que, en realidad, había quedado acreditado que «aquéllas eran ya personas penalmente responsables, con proyección civil»; con todo, hay que señalar que este es un caso en que cuando fallece el causante las desheredadas eran sobradamente mayores de edad.

Lo que se ha dicho sobre la causa más grave de indignidad, matar al testador o atentar contra su vida, o la de sus allegados, vale para el resto de las causas de indignidad que requieren una sentencia condenatoria (comisión de delitos contra la libertad, la indemnidad sexual, etc.). Obviamente, siempre que se trate de causas aplicables a menores; no lo es la remoción del cargo de tutor o de acogedor familiar, cargos que solo pueden asumir los mayores de edad (artículo 211 CC, 222-15 CCat y 123 CDFA).

En cuanto a las causas de indignidad por lesionar la libertad de testar del causante (artículo 756.5.^a y 6.^a CC, 412-3.g) y h) CCCat, 7 bis.1.f y g Comp. Bal., 154.9 y 10 FN, 263.4 LDCG, 263.4 LDCG), solo pueden cometerse intencionalmente, como denotan las expresiones «con amenaza, fraude o violencia», «obligar», «impedir», «suplantar», o «inducir», por lo que no cualquier menor es susceptible de llevarla a cabo, sino únicamente aquel con suficiente capacidad para ser consciente de la ilicitud de su acto.

Y es que si la indignidad y la desheredación constituyen una sanción civil²², por la comisión de una determinada conducta que el legislador especialmente desaprueba, porque permite excluir de la sucesión al indigno y privar de la legítima al desheredado, nece-

¹⁹ GARCÍA RUBIO, 2011, p. 634; VELA SÁNCHEZ, 2021, p. 366. Sin referirse a la imputabilidad penal, ECHEVARRÍA DE RADA, 2018, p. 29, señala que «si bien el Código civil no se refiere a la capacidad para ser desheredado, es evidente que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que un sujeto pueda ser responsable de la conducta que se le imputa».

²⁰ Así, también, INFANTE RUIZ, 2020, p. 448.

²¹ Roj: STS 5683/1990 - ECLI:ES:TS:1990:5683.

²² Por todos, JORDANO FRAGA, 2004, pp. 2 y 3, y DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA, 2017, pp. 414 y 463.

sariamente ha de ser imputable al menor de edad, lo que exige en él un mínimo de voluntad y de capacidad de discernir el alcance de sus hechos.

El resto de causas de indignidad no pueden aplicarse a los menores de edad. La causa 4.^a del artículo 756 CC y el artículo 328.e) CDFA exigen la mayoría de edad. No cabe que los menores de edad sean tutores o acogedores, por lo que no pueden ser removidos e incurrir en causa de indignidad, pues ello exige el pleno ejercicio de la capacidad jurídica (artículos 211 –aunque expresamente no requiere la mayoría de edad–, y 172.ter.II CC, 222-15 CCCat y 23 CDFA). En cuanto a la privación de la potestad sobre los hijos, que contempla el párrafo tercero de la causa 2.^a (también artículos 510.b CDFA y 7bis.1.c Comp.Bal), resulta obvio que los hijos en potestad no tendrán edad suficiente para testar y, por ende, para desheredar a sus progenitores menores de edad, aparte de que hay que tener en cuenta que el art. 157 CC –lo mismo en Cataluña el artículo 412-3.f) en relación con el artículo 236-16.1 CCCat– prevé que los hijos no emancipados requieren la asistencia en el ejercicio de la potestad de sus padres o el tutor, y si no la requieren es que están emancipados por matrimonio, por lo que difícilmente, aunque se dictara una sentencia de privación, cabría responsabilizar con exclusividad de esta al menor, lo que probablemente evitaría, también, que operara la causa de desheredación.

Por último, la causa 7.^a del artículo 756 CC –y artículos 263.4.^a LDCG y 7bis.1.h Comp.Bal.–, una vez que ha sido interpretada mayoritariamente como que requiere una necesidad por lo menos asistencial y que esta haya sido de algún modo reclamada²³, tampoco puede proceder respecto de los menores, que están exentos de la obligación legal de prestar alimentos, como se razona a continuación.

V. LA NEGACIÓN DE ALIMENTOS

La negación de alimentos, sin motivo, al causante, con redacciones que presentan pequeñas variantes, es causa de desheredación prevista en los artículos 853.1.^a CC, 451-17.2.b) CCCat, 510.b) CDFA y 263.1.^a LDCG.

²³ STS 384/2019, de 2 de julio, Roj: STS 2241/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2241; SAP Burgos 214/2006, de 6 de junio, Roj: SAP BU 543/2006 - ECLI:ES:APBU:2006:543; La Rioja 204/2009, de 19 de junio, Roj: SAP LO 382/2009 - ECLI:ES:APLO:2009:382; Vizcaya 264/2015, de 28 de diciembre, Roj: SAP BI 2390/2015 - ECLI:ES:APBI:2015:2390; en la doctrina, por todos, CORDERO, 2018, p. 47; VAQUER ALOY, 2020, pp. 1074-1076; REPRESA POLO, 2020, pp. 103 ss; ORDÁS ALONSO, 2021, pp. 259-264.

Como ya se ha apuntado en relación con la causa de indignidad del artículo 756.7.^a CC, la obligación de alimentos –que la jurisprudencia estima que solo concierne la vertiente económica y no la afectiva²⁴– solo puede recaer sobre mayores de edad. La obligación de alimentos cuando se trata de menores de edad es parte de la potestad de los progenitores, razón por la que no pueden ser deudores de ella; un menor de edad deudor de alimentos para con sus propios progenitores solo podría ser, pues, un menor fuera de la potestad, pero en tal caso sus progenitores no serían legitimarios por indignos por estar privados de la potestad (artículos 756.2.^aIII CC, 412-3.f CCCat, 7bis.1.c Comp.Bal., 328.c CDFA, ley 154.7 FN); y los menores de edad en potestad deben contribuir a las cargas familiares, pero esta es otra cuestión que se aborda seguidamente. Por consiguiente, no cabe desheredar justamente a un menor de edad por negarse a prestar alimentos, de lo que es ejemplo la SAP Asturias 92/2007, de 12 de marzo²⁵, en un supuesto extremo de desheredación de la biznieta que, en el momento del fallecimiento del causante, apenas había cumplido siete años. De igual modo, estima injusta la desheredación de la nieta de 17 años la SAP Ciudad Real 311/2016, de 1 de diciembre²⁶, porque «era menor de edad y carecía de recursos propios», no procediendo una interpretación amplia de alimentos que comprenda el cariño y las atenciones personales. La hipótesis de un menor de edad emancipado obligado a prestar alimentos es más que improbable²⁷: además de la necesidad del alimentado, la capacidad económica del emancipado y la negativa injustificada a prestarlos, la jurisprudencia exige o la reclamación o, por lo menos, que no quepa ignorar la situación de necesidad²⁸, y que todo ello coincida antes de que el menor alcance la mayoría de edad. No está contemplada como causa de desheredación la omisión del deber de contribuir a las cargas familiares de los hijos (artículos 155.2 CC, 231-6.2 y 236-22.1 CCat, 187.3 CDFA). Gómez Valenzuela²⁹ se plantea si una actitud egoísta reiterada del hijo menor con patrimonio suficiente propio

²⁴ Por todos, ECHEVARRÍA de RADA, 2018, pp. 30 ss. Véase, por ello, lo que digo *infra* en el apartado VII.

²⁵ Roj: SAP O 2355/2007 - ECLI:ES:APO:2007:2355.

²⁶ Roj: SAP CR 894/2016 - ECLI:ES:APCR:2016:894.

²⁷ O'CALLAGHAN, 2016, p. 433, admite que para poder ser desheredado por esta causa hay que ser mayor de edad o emancipado.

²⁸ REPRESA POLO, 2016, pp. 118-121; ECHEVARRÍA de RADA, 2018, pp. 53-59; TORRES GARCÍA, DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 1890; ALGABA ROS, 2011, pp. 1017-1018; BUSTO LAGO, 2021, p. 1123. ORDÁS ALONSO, 2021, p. 278, entiende suficiente una única reclamación, aunque ella misma cita una sentencia que afirma que no basta. Para el derecho catalán, STSJC 20/2019, de 11 de marzo, Roj: STSJC CAT 1688/2019 - ECLI:ES:TSJCAT:2019:1688; RIBOT IGUALADA, 2011, p. 1397.

²⁹ GÓMEZ VALENZUELA, 2021, pp. 433-434.

–lo que raramente ocurrirá, salvo, probablemente, artistas y deportistas precoces– que se niega a colaborar a sufragar las cargas familiares, como signo de insolidaridad familiar, podría conllevar la desheredación; el supuesto parece difícilmente posible en la práctica, pues, además de no estar expresamente contemplado y requerir una interpretación muy flexible del derecho vigente, y los límites que impone el ordenamiento a la contribución –«equitativamente», «proporcionalmente»–, tal conducta no se puede derivar de una única negativa a colaborar, sino que requiere un espacio de tiempo suficiente para constatar dicha voluntad, que es de todo punto improbable que se pueda apreciar con la necesaria convicción en el espacio de tiempo desde que el menor se considere que tiene suficiente capacidad de discernir las consecuencias de su comportamiento –una vez cumplidos los 16 años– hasta la mayor edad³⁰. El derecho catalán ofrece un argumento adicional, cual es la exención de las personas con discapacidad de ser deudoras de alimentos, salvo que sus ingresos o patrimonio excedan sus previsiones de necesidades futuras; la *ratio* de la norma no es ajena a los menores de edad.

VI. EL MALTRATO DE OBRA Y LAS INJURIAS GRAVES

El artículo 853.2.^a CC señala que son, también, causas de desheredación, haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al causante. En la misma línea, el artículo 451-17.2.c) CCCat establece que es causa de justa desheredación el maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendentes o descendientes del testador; el artículo 510.c) CDFA contempla el haber maltratado de obra o injuriado gravemente al testador, así como a su cónyuge, si éste es ascendiente del desheredado; y el artículo 263.c) LDCG, maltratar de obra o injuriar gravemente; con una formulación mucho más amplia, la ley 270.1 FN contempla «la causación de un daño o la realización voluntaria de una conducta socialmente reprobable contra la persona o bienes del causante o contra personas integrantes de su grupo o comunidad familiar o de sus bienes». Por consiguiente, se trata

³⁰ Más residual si cabe resulta el supuesto del menor emancipado pudiente que convive con sus padres, que también plantea GÓMEZ VALENZUELA, 2021, pp. 434-435, aunque, si llegara a darse tal supuesto, ciertamente habría más argumentos, a pesar de que esta negativa a colaborar debería manifestarse con una intensidad inusual en los dos años que, como mucho, dura la etapa de emancipación.

de dos causas distintas, el maltrato de obra y las injurias graves, que constituyen el elemento común, pues lo que varía entre los distintos derechos civiles españoles es la esfera de personas susceptibles de recibir estas conductas que se erigen en causa de desheredación. Por razones de unidad temática, se va a tratar del maltrato psicológico como causa de desheredación más adelante.

Maltrato e injurias no requieren de sentencia condenatoria, pero sí de voluntariedad o intencionalidad³¹, aunque la concurrencia de justa causa de desheredación en el caso concreto queda al criterio valorativo de jueces y tribunales.

El maltrato de obra se identifica con el ejercicio de violencia o intimidación, física o psicológica, con una cierta prolongación en el tiempo, que lesione la integridad del testador³². Presentada así la conducta que da pie a la desheredación justa, hay que convenir que puede llevarla a cabo un menor con suficiente capacidad de entendimiento y de conciencia de sus actos³³. Es cierto que se requiere una cierta duración en el tiempo de esta conducta vejatoria, pero no lo es menos que pueden producirse actos de especial gravedad³⁴ que compensen un menor lapso de tiempo.

Por lo que se refiere a las injurias graves, deben valorarse según el contexto en que se pronuncian y requieren intencionalidad de menoscabar la fama y consideración del causante³⁵. En la medida en que precisan esa intencionalidad, como se ha dicho antes, requieren la conciencia del daño que pretende infigirse a la reputación³⁶,

³¹ Por todos, GÓMEZ VALENZUELA, 2021, p. 438.

³² BARCELÓ DOMÉNECH, 2004, pp. 488-496; TORRES GARCÍA, DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011p. 1891; REPRESA POLO, 2016, pp. 128-137; ECHEVARRÍA de RADA, 2018, pp. 60-65; ALGABA ROS, 2011, pp. 1018-1019. En derecho catalán, STSJ de Cataluña 41/2015, de 28 de mayo, Roj: STSJ CAT 5193/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:5193, y 4/2017, de 2 de febrero, Roj: STSJ CAT 494/2017 - ECLI:ES:TSJCAT:2017:494; VAQUER ALOY, 2024, pp. 419-420.

³³ ORDAS ALONSO, 2021, p. 296. Esta autora emplea como argumento el hecho de que desde los 14 años el menor de edad puede testar y, con ello, desheredar, argumento que recoge la RDGSJFP que se está comentando. Siendo esto cierto, no lo es menos que creo que constituye una anomalía por arrastre que la edad para testar esté todavía fijada en los 14 años; esta edad no ha variado desde la promulgación del Código civil, época en que la esperanza de vida no llegaba a los 40 años y en que a los 10 años se permitía legalmente trabajar asalariadamente (Ley de 13 de marzo de 1900, en realidad, pues, una década tras la vigencia del CC).

³⁴ Por ejemplo, expulsar al causante de su domicilio (STS 632/1995, de 26 de junio, Roj: STS 3711/1995 - ECLI:ES:TS:1995:3711; SAP Barcelona (17) 34/2013, de 4 de febrero, Roj: SAP B 2786/2013 - ECLI:ES:APB:2013:2786) o forzarlo a marchar a base de insultos habituales (SAP Barcelona (16) 281/2018, de 19 de junio, Roj: SAP B 6165/2018 - ECLI:ES:APB:2018:6165) y ejercer violencia física con golpes y verbal (SAP Barcelona (16) 46/2019, de 31 de enero, Roj: SAP B 509/2019 - ECLI:ES:APB:2019:509).

³⁵ BARCELÓ DOMÉNECH, 2004, pp. 497-505; TORRES GARCÍA, DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 1891; REPRESA POLO, 2016, pp. 137-146; ECHEVARRÍA de RADA, 2018, pp. 66-84.

³⁶ Supuestos paradigmáticos son las SAP Salamanca 410/2013, de 19 de diciembre, Roj: SAP SA 706/2013 - ECLI:ES:APS:2013:706, que califica de injusta la desheredación de hija con «discapacidad del 67% por plurideficiencia, reconocida en virtud de Reso-

por lo que cabe que en un menor de edad concurra ese propósito. Así, en la SAP Madrid (20) 415/2013, de 8 de octubre³⁷, nieto legítimo de 17 años, se considera justa la desheredación en atención a «la gravedad de los insultos o manifestaciones proferidos, [que] no solo debe medirse por la naturaleza de los términos empleados, sino, sobre todo, por la permanencia y reiteración de los mismos y, en el concreto supuesto aquí analizado, ha quedado acreditado que el demandante, se ha dirigido reiteradamente a la causante, llamándole *gorda* o *guerra*». Con todo, en el ejemplo que proporciona la SAP Asturias 23/2016, de 1 de febrero³⁸, en que el hijo fue condenado por los insultos vertidos a su madre ante el Tribunal de menores, este hecho no se consideró causa suficiente de desheredación –a los efectos de la extinción de la obligación de alimentos– teniendo en cuenta el conflicto familiar existente (el hijo no lo era biológico de quien tenía por su padre, sino de la pareja actual de la madre). Es notorio que la valoración que efectúe el tribunal de las circunstancias es fundamental e impide anticipar el sentido del fallo, pero parece claro que, a la vista del examen de decisiones judiciales, si el tribunal encuentra un asidero para no considerar justa la desheredación, muy probablemente hará uso de él.

VII. EL MALTRATO PSICOLÓGICO Y LA FALTA DE RELACIÓN FAMILIAR MANIFIESTA Y CONTINUADA IMPUTABLE EXCLUSIVAMENTE AL LEGITIMARIO

La última causa de desheredación a tratar es la que se invocaba en el testamento que ha dado lugar a la RDGSJFP que se comenta. Aquí se va a tratar conjuntamente la causa de desheredación tipificada en el artículo 451-17.2.e) CCCat y el maltrato psicológico forjado por el Tribunal Supremo como modalidad del maltrato de

lución de la JCYL (documento unido al folio 16) o, si se prefiere, según el informe médico forense de 27-7-05 (documento del folio 30), presenta un «retraso mental leve» o inteligencia límite...», y Tenerife 336/2015, de 14 de diciembre, Roj: SAP TF 3051/2015 - ECLI:ES:APTF:2015:3051, en que se considera injusta la desheredación de persona con un 90% de discapacidad mental, a pesar de las expresiones que profirió. Específicamente en un caso de menor de edad cuando expresó los insultos (entre 12 y 15 años; no se ofrece más detalle de los hechos), la SAP Murcia 266/2000, de 5 de octubre, Roj: SAP MU 2612/2000 - ECLI:ES:APMU:2000:2612, estimó injusta la desheredación de la única hija porque en tal momento carecía de edad penal.

³⁷ Roj: SAP M 14726/2013 - ECLI:ES:APM:2013:14726.

³⁸ Roj: SAP O 78/2016 - ECLI:ES:APO:2016:78.

obra del artículo 853.2.^a CC³⁹, pues comparten el fundamento, aunque exista alguna diferencia no menor. De entrada, porque se afirma repetidamente que el abandono y la falta de relación no constituye una causa autónoma de desheredación, sino que debe causar menoscabo físico o psíquico que se pueda encuadrar en la causa de desheredación del maltrato de obra del mencionado artículo 853.2.^a CC⁴⁰. Tajante en este sentido se muestra la STS 802/2024, de 5 de junio⁴¹: «La sala ha reiterado que en el sistema legal vigente no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador. Es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad bastante como para poder reconducirlos a la causa legal del «maltrato de obra» prevista en el artículo 853.2.^a CC (por todas, con cita de las anteriores, sentencias 556/2023, de 19 de abril, y 419/2022, de 24 de mayo). En la jurisprudencia de la sala, por tanto, no se puede prescindir ni de la existencia de un daño (que podría apreciarse a partir de la misma situación de menospicio o abandono injustificado) ni tampoco de a quién le sea imputable la falta de trato». Además, el Tribunal Supremo exige la imputabilidad de la falta de relación familiar al legitimario, pero sin emplear el calificativo «exclusiva»⁴². Y esto es lógico, porque en cualquier relación humana, que su desarrollo pueda depender tan solo de la actuación de una persona es una falacia⁴³.

³⁹ STS 258/2014, de 3 de junio, Roj: STS 2484/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2484, y 59/2015, de 30 de enero, Roj: STS 565/2015 - ECLI:ES:TS:2015:565.

⁴⁰ La STS 267/2019, de 13 de mayo, Roj: STS 1523/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1523, se refiere al «menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora»; commenta esta sentencia MUÑOZ CATALÁN, 2022. Véase, además, las STS 419/2022, de 24 de mayo, Roj: STS 2068/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2068, y 556/2023, de 19 de abril, Roj: STS 1676/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1676; esta última comentada por BARRÓN ARNICHES, 2024. Al respecto, GAGO SIMARRO, ANTÚÑA GARCÍA, 2021, pp. 1214 ss.

⁴¹ Roj: STS 3300/2024 - ECLI:ES:TS:2024:3300.

⁴² STS 419/2022, de 24 de mayo, Roj: STS 2068/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2068, que solo habla de imputabilidad, y, en particular, la STS 104/2019, de 19 de febrero, Roj: STS 502/2019 - ECLI:ES:TS:2019:502, relativa a la extinción de la obligación de alimentos por concurrencia de la causa de desheredación del maltrato psicológico, que señala que debe ser imputable «de forma principal y relevante al hijo».

⁴³ De ahí que sorprenda que en la reciente reforma del Código aragonés, mediante la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas, se haya reformado la letra c) del art. 510 sobre las causas de desheredación incluyendo, *expressis verbis*, el maltrato psicológico y que se haya incorporado una letra e) que introduce como causa autónoma la falta de relación familiar continuada imputable principalmente –no, pues, exclusivamente– al legitimario. De este modo, la falta de relación familiar puede originar dos motivos de desheredación, lo que conduce a suponer que la segunda requerirá mayor tiempo que la primera, pues basta con poder acreditar el daño psicológico. Por otra parte, en relación con el daño

Examinar si los menores de edad pueden ser desheredados por esta causa exige analizar sus presupuestos y su fundamento. En cuanto a sus presupuestos, la doctrina⁴⁴, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señala los siguientes:

- El maltrato grave en forma de abandono o falta de relación debe ser objetivo, no una apreciación subjetiva del testador, y manifestarse en ese padecimiento o aflicción⁴⁵.
- La falta de relación familiar ha de ser duradera o continuada, lo que exigen expresamente el artículo 451-17.2.e) y la STS 491/2018, de 27 de junio⁴⁶. Ahora bien, la mayor o menor duración de la falta de relación familiar debe cohonestarse con las concretas circunstancias de cada caso, pues el contrapeso a hechos que revistan una especial gravedad o relevancia es un menor espacio temporal.
- La imputabilidad al legitimario, si no exclusiva, por lo menos eficiente.

Lo anterior determina que la simple falta de relación, por permanente que sea, puede no bastar para fundamentar la causa de desheredación⁴⁷, ni siquiera en derecho catalán, pues ninguna de las sentencias que valoran como justa una desheredación se sustentan únicamente en el mero transcurrir del tiempo.

Esta causa de desheredación se funda *–rectius*, debería fundarse– en la solidaridad familiar, que si es tal opera recíprocamente, de modo que los legitimarios tienen que ser solidarios con el causante y no solo este con aquellos atribuyéndoles una porción de la herencia o de su valor. He reflexionado abundantemente sobre ello en otro lugar, por lo que me remito a lo que ya dije⁴⁸.

psicológico no se habla de imputación de la conducta, lo que podría permitir interpretar que, aunque el causante hubiera contribuido a la falta de relación, si esta le causó daño psicológico, cabría desheredar justamente; y el daño psicológico cabe que se inflija al cónyuge o conviviente, lo que suscita la duda de si cabe que se cause el daño una vez fallecido el causante que previó tal posible conducta de sus legitimarios.

⁴⁴ Por todos, CARRAU CARBONELL, 2015, p. 252.

⁴⁵ Entre otras, CABEZUELO ARENAS, 2018, p. 103; REPRESA POLO, 2016, p. 155; LAMARCA MARQUÈS, 2024, p. IV; PÉREZ VALLEJO, 2024, p. 3519.

⁴⁶ Roj: STS 2492/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2492. Asimismo, ECHEVARRÍA de RADA, *La desheredación*, p. 124. Véase, además, RIBOT IGUALADA, art. 451-17, p. 1401. La STSJ de Cataluña 49/2018, de 31 de mayo, Roj: STSJ CAT 5448/2018 - ECLI:ES:TSJCAT:2018:5448, indica que el examen de la falta de relación comprende todo el período de ausencia de relación, no solo el momento anterior a la formalización de la desheredación. El análisis de sentencias de tribunales catalanes muestra que, salvo que hayan concurrido hechos de especial gravedad o trascendencia, debe transcurrir un período aproximado de diez años (VAQUER ALOY, 2024, pp. 421-422, plazo que ya FARNÓS AMORÓS, ARROYO AMAYUELAS, 2015, p. 17, consideraron razonable).

⁴⁷ ORDÁS ALONSO, *La desheredación*, p. 319.

⁴⁸ VAQUER ALOY, 2017. Con posterioridad, merece leerse VIVES VELO DE ANTELO, 2024, pp. 335 ss.

El primero de los presupuestos cabe atribuirlo a un menor de edad que tenga suficientemente capacidad de discernimiento. Por lógica temporal, se tratará del menor de edad nieto del o de la causante, y en verdad que la desatención, el desinterés y el olvido de su abuelo o abuela puede causarle una zozobra emocional susceptible de generar causa de justa desheredación. Pero, hay que insistir, se requiere esa imputabilidad que antes se ha destacado, que en este caso implica un mínimo de madurez para calibrar las consecuencias de su comportamiento. Ello excluye, de entrada, y sin más –de ahí que acierte la Registradora en su calificación negativa–, a los menores de 14 años, como afirma la RDGSJFP que se comenta, ha resuelto la antes citada STS 401/2018⁴⁹ y otras, como, por ejemplo, la SAP Girona 106/2015, de 14 de mayo (desheredación de las nietas de 5 y 6 años)⁵⁰, y es la senda por la que hubiera debido discurrir la STSJ Cataluña 54/2023, extractada más arriba en el apartado II.1. Hay que tener en cuenta que los hijos y las hijas se hallan en la potestad de sus padres y, por ello, les deben obediencia y respeto (artículo 155.1.º CC, 236-17.3 CCCat)⁵¹. Además, los progenitores deben velar por sus hijos e hijas (artículo 154.III.1.º CC y 263-17.1 CCCat), ejerzan o no las funciones de guarda en caso de separación legal o de hecho y divorcio⁵², no a la inversa. No obstante, a medida que los hijos y las hijas maduran, ganan autonomía, lo que el mismo ordenamiento jurídico ampara al reconocerles no solo la facultad de expresar sus ideas sino incluso de realizar actos con trascendencia

⁴⁹ «Tal circunstancia no puede apreciarse en el caso si se tiene en cuenta que esa falta de relación se inició cuando la demandante tenía nueve años, y que incluso se acordó judicialmente la suspensión de visitas entre el padre y la hija por ser contrarias a su interés, dada la relación conflictiva entre la menor y el padre y, sobre todo, entre la menor y la pareja del padre. Evidentemente, el origen de esa falta de relación familiar no puede imputarse a la hija, dado que se trataba de una niña».

⁵⁰ Roj: SAP GI 406/2015 - ECLI:ES:APGI:2015:406. Esta sentencia la cita expresamente la SAP Barcelona (4) 681/2023, de 15 de noviembre, Roj: SAP B 11596/2023 - ECLI:ES:APB:2023:11596, en que el testador no solo desheredaba a sus nietos ya nacidos y todos ellos menores, sino incluso a los que nacieran, pero, en vez de llanamente sancionar la improcedencia de tal desheredación, discurre por los cauces de la imputabilidad exclusiva a los legitimarios, que no aprecia.

⁵¹ Este es el argumento que lleva a desestimar la desheredación por esta causa a ALGABA ROS, «Maltrato de obra», p. 19 («Un menor de edad no podría nunca ser sujeto de esta causa pues durante la minoría de edad la patria potestad como función-deber a cargo de los progenitores impediría que operase pues únicamente el menor podría sufrir el abandono. Por ello únicamente un mayor de edad con capacidad de discernimiento y de voluntad podría incurrir en esta causa»), argumento que no comparto. En sentido contrario, admitiendo la desheredación de menores, CABEZUELO ARENAS, 2018, p. 33; ORDÁS ALONSO, 2021, p. 326.

⁵² Es, de nuevo, muy clara la STS 802/2024: «no es la hija la que libremente rompió un vínculo afectivo o sentimental, sino que tal vínculo no ha existido desde su niñez, sin que sea reprochable a la hija, que tenía siete años cuando se produjo la separación de los progenitores, la ausencia de contacto y relación con el padre. Si tal relación no se dio a partir de la separación matrimonial realmente la que fue abandonada por el padre fue la niña».

jurídica⁵³; y en la jurisprudencia se observa cómo los menores pueden dar al traste con las medidas judiciales previstas para mantener la relación con sus progenitores⁵⁴. Por consiguiente, y con finalidad de trazar una línea delimitadora, estimo que solo por encima de los 16 años cabe plantearse que pueda imputarse «exclusivamente» o «eficientemente» al menor la falta de relación familiar continuada y manifiesta con el causante.

El segundo presupuesto es que esta falta de relación familiar manifiesta haya sido continuada durante un lapso significativo de tiempo. Las circunstancias de la falta de relación familiar y el daño psicológico, por un lado, y el tiempo, por otro, actúan como contrapesos: a mayor gravedad de las circunstancias o del daño, se requerirá un menor espacio temporal, y a la inversa, el mero distanciamiento exigirá un mayor transcurso de tiempo. Aquí es donde radica, a mi parecer, la imposibilidad de desheredar a un menor de edad: no se va a poder cumplir el elemento de la continuidad suficiente de la falta de relación familiar, aunque la conducta le pueda ser imputable y haya causado daño psicológico al testador. Un espacio de dos años, entre los 16 años –edad a partir de la que su comportamiento es valorable y susceptible de imputación– y la mayoría de edad, no basta, por lo común, para apreciar la causa de desheredación⁵⁵.

Y cabe añadir un tercer argumento, este derivado del fundamento que tiene –o debería tener– esta causa de desheredación, que

⁵³ Remito a GÓMEZ VALENZUELA, 2021, pp. 404 ss.

⁵⁴ Pongo como ejemplo, además de la STSJ Cataluña 54/2023, comentada en el apartado II.1, la del mismo TSJ Cataluña 59/2023, de 18 de octubre, Roj: STSJ CAT 10711/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:10711. En ella, la pareja de la madre insta la adopción de la hija de esta, a lo que se opone el padre. Entre los hechos probados, narra la sentencia que los padres acordaron un régimen de guarda monoparental con visitas con el padre que «se mantuvo vigente hasta el año 2016 en que los dos hijos se negaron a relacionarse con su padre, situación que originó una reiterada actividad litigiosa entre los progenitores, provocada por la negativa reiterada e injustificada de Amalia [la hija que consentía la adopción] a relacionarse con su padre, circunstancia ésta que se mantuvo hasta la sentencia de 15 de enero de 2021 de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Girona, en la que se imponía una terapia familiar tendiente a normalizar dichas relaciones paterno-familiares». Según los hechos que el TSJ considera probados, el único detonante de esta situación sería el regalo de un móvil por el padre y las condiciones de uso que este impuso. Véase, también entre las más recientes, SAP Barcelona (18) 260/2024, de 7 de mayo, ECLI:ES:APB:2024:5357, en que a los 14 años la hija decide interrumpir las visitas con su padre.

⁵⁵ Sorprende la SAP Alicante 164/2023, de 11 de mayo, Roj: SAP A 1137/2023 - ECLI:ES:APA:2023:1137, en que se considera justa la desheredación de las hijas por su padre teniendo en cuenta que una de ellas alcanzó la mayoría de edad dos años antes del fallecimiento de aquél, en un testamento otorgado meses antes, y que la sentencia argumenta que «gozaban de una edad más que razonable para que se les pueda exigir una actitud madura, y al menos una voluntad o actitud de acercamiento, que sí era buscado por su progenitor y negado por aquellas, incumpliendo sus deberes filiales e imponiendo con su reiterada actitud una distancia y separación absolutas no querida por el causante». La falta de relación tuvo su origen en la crisis matrimonial y, respecto de la otra hermana, cinco años mayor, se señala que sufrió una agresión a la edad de trece años por su padre que motivó una condena penal.

es la solidaridad familiar: sin duda no cabe exigir que los menores de edad presten una solidaridad equiparable a los mayores de edad⁵⁶. En este sentido, la RDGSJFP, cautamente, se refiere a que debe exigirse a los menores una «cierta» solidaridad familiar, lo que solo cabe –como ya ha sido subrayado– si tienen la madurez suficiente para saber qué significa la solidaridad.

A pesar de lo anterior, siempre existen casos en el límite. En la SAP Barcelona 467/2022, de 24 de octubre⁵⁷, se razona que «nada se puede recriminar a Carmen por la falta de relación con su abuelo, pues aquélla era menor de edad, vivía con su madre y ésta no tenía buena relación con quien fue el padre de su marido. De hecho, tampoco es imputable a ella el no cumplimiento del régimen de visitas previsto en sentencia, pues ésta se dictó en fecha 11 de marzo de 2005, por lo que la menor tenía 9 años. Cuanto se otorgó el testamento en fecha 17 de febrero de 2014 que incluía la cláusula de desheredación, Carmen todavía era menor de edad, tenía 17 años. (...) Estas actuaciones o intentos para acercarse a la nieta no fueron fructíferos, pero no por la conducta de Carmen, ya que la misma se hallaba bajo la custodia de su madre y el cumplimiento del régimen de visitas no dependía de la menor. Y en cuanto a las consultas a la psicóloga para relacionarse con una adolescente, quedó en eso, en una consulta, quedando totalmente al margen de ello Carmen». Pero lo cierto es que el causante falleció por lo menos –la sentencia no lo indica– cuando la nieta tenía ya 21 años. Este sería un caso en que ya podría imputarse a la legítima, en principio, cinco años de falta de relación –dos de ellos durante su minoría de edad–, cuestión que la sentencia no analiza, aunque el resto de los hechos apuntan a que la imputabilidad no sería exclusiva. Hay que notar que en la reciente STS 802/2024 parece que, si ha sido el padre quien ha roto el vínculo afectivo o el que no ha procurado la relación familiar con el hijo o hija, por la gravedad de tal hecho, deviene irreversible: «No es la hija quien, rompiendo normales y exigibles normas de comportamiento abandona al padre enfermo (quien, por otra parte, no precisaba ayuda para su cuidado), sino que es el padre quien, tras haber abandona-

⁵⁶ Así, los padres no pueden ser eximidos de la obligación de alimentar a sus hijos por muy extremas que sean sus condiciones económicas, y siempre deben prestarles el llamado mínimo vital (véanse, por ejemplo, las STS 55/2015, de 12 de febrero, Roj: STS 439/2015 - ECLI:ES:TS:2015:439, y 378/2024, de 14 de marzo, Roj: STS 1595/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1595). Señala la mayor solidaridad que ejercen los progenitores VERDE-RÁ SERVER, 2022, p. 344. Si, como observa RUBIO GARRIDO, 2022, p. 638, por lo menos parcialmente la familia ya no cumple una función de asistencia y auxilio que ha asumido el estado social, es evidente que estas funciones estatalizadas no son las que pueden predicarse de los menores de edad (cuidados de los mayores, atención a la dependencia, etc.), pues se hallan todavía en época de formación.

⁵⁷ Roj: SAP B 12578/2022 - ECLI:ES:APB:2022:12578.

do a la hija siendo una niña, pretende hacer recaer sobre ella el reproche y las consecuencias de que no sintiera afecto por él, pese a haberla abandonado siendo una niña.» Pero, si se lee con atención la sentencia, esta reprocha al padre no solo el abandono durante la menor edad, sino, asimismo, que «consta expresamente que tampoco sentía ni quería sentir a la hija como propia, tal como resulta de los testamentos otorgados por el padre años antes de que se le diagnosticara la enfermedad por la que finalmente falleció, y en los que expresó que no tenía hijos. Las declaraciones de los testigos en el sentido de que cuando falleció el causante se sorprendieron de que tuviera una hija confirman que era él quien no la tenía presente en su vida ni parece que la quisiera tener, pues así resulta del hecho de que no manifestara su existencia a sus conocidos y amistades». Por consiguiente, si es el progenitor causante quien corta la relación con su prole durante la menor edad, y no se produce ninguna variación, la inviabilidad de la desheredación en el futuro queda definitivamente zanjada⁵⁸. Otra cosa es que se produzca un cambio en la actitud del progenitor tratando, con convicción, de restablecer la relación; en este caso, habría que valorar los hechos, y entiendo que, con toda probabilidad, tras la lectura de esta STS 802/2024, el Alto Tribunal, que no lo rehúye, sopesaría los respectivos comportamientos. Porque tanto el daño psicológico como la falta de relación familiar como causas de desheredación demandan un análisis exhaustivo de los hechos (*¿hay daño psicológico? ¿la conducta es susceptible de causarlo? ¿es suficientemente continuada y manifiesta? ¿cuál ha sido el detonante?*), que solo cabe suavizar con estándares (sin imputabilidad penal o por debajo de los 16 años no cabe desheredar, diez años de ausencia de trato salvo actos especialmente graves) que otorguen un mínimo de previsibilidad a las resoluciones judiciales.

VIII. CONCLUSIONES

Los menores de edad no son inmunes a la desheredación. Para determinar si cabe desheredar a un menor de edad hay que atender a cada una de las concretas causas de desheredación, a sus requisitos y a su fundamento. Las causas de indignidad que actúan como

⁵⁸ En la misma orientación cabe citar la SAP Asturias 412/2020, de 30 de noviembre, Roj: SAP O 4878/2020 - ECLI:ES:APO:2020:4878, en que el causante desheredante solo intentó contactar con su hija extramatrimonial cuando esta ya había cumplido los veinte años.

causas de desheredación que requieren una sentencia condenatoria, cuando esta es penal precisan que el menor tenga la edad penal mínima y que sea imputable subjetivamente, y las que no la requieren, que tenga suficiente capacidad de discernimiento para calibrar las consecuencias de sus actos. La Resolución comentada sitúa el límite en los 14 años para las conductas desheredantes basadas en la comisión de ilícitos penales, pero parece más razonable para las conductas sin relevancia penal situarlo en los 16 años, edad en que el menor ya goza de una cierta autonomía y más capacidad de decisión, siempre que, por supuesto, tenga suficiente capacidad de discernimiento. La causa de negación de los alimentos legales es inaplicable a los menores de edad e improbable concurran todos sus presupuestos tratándose de emancipados. El maltrato de obra y las injurias demandan igualmente la suficiente capacidad de discernimiento en el menor. Los presupuestos del maltrato psicológico y la falta de relación familiar, que exigen una imputación, si no exclusiva, sí principal al menor legitimario, son una conducta de abandono hacia el testador causante de quebranto psicológico y su perduración en el tiempo suficientemente significativa que, por lo general, impiden que puedan ser apreciados en menores de edad, porque solo hay un espacio temporal de dos años entre que cumplen los 16 y alcanzan la mayor edad, salvo que ese comportamiento se haya manifestado mediante algún acto de especial gravedad o repercusión en el causante, y siempre que la desafección no se deba a la conducta del progenitor de «abandono» del hijo o hija; otra cosa distinta es que el tiempo transcurrido en la menor edad desde que se posee ese necesario juicio pueda ser valorado cuando la desheredación despliega sus efectos siendo ya mayor de edad el desheredado. Por último, aunque el maltrato psicológico juega inmediatamente como causa de desheredación y mediataamente como causa de extinción de la obligación de alimentos, no cabe aplicar la misma vara de medir a ambos supuestos: se interpreta más estrictamente como causa de privación de la legítima y más laxamente como causa de extinción de la obligación de alimentos a los hijos mayores de edad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: «De la donación, artículo 648», en id. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. X-1.^º, Madrid, 1987, pp. 204-214.
ALGABA ROS, Silvia: «De la desheredación, artículo 853», en Cañizares Laso, Ana, de Pablo Contreras, Pedro, Orduña Moreno, Javier, Valpuesta Fernán-

- dez, Rosario (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, Cizur Menor, 2011, pp. 1016-1020.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra», *RCDI*, 2004, núm. 682, pp. 473-519.
- BARRÓN ARNICHES, Paloma: «La evolución de la jurisprudencia en materia de desheredación por maltrato psicológico al causante: una vuelta de tuerca para ganar en seguridad jurídica (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023)», *ADC*, 2024, pp. 353-380.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «De la desheredación, artículo 853», en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentario del Código civil*, 5.^a ed., Cizur Menor, 2021, pp. 1122-1124.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC)*, Valencia, 2018.
- CARRAU CARBONELL, José M.^a: «Desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica», *RDC*, 2015, pp. 249-256.
- CORDERO, Encarna: «La delación», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Manual de derecho civil. Sucesiones*, 4.^a ed., Madrid, 2018, pp. 33-52.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve: *Derecho civil vigente en Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3.^a ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2017.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio: *Sistema de derecho civil IV-2. Derecho de sucesiones*, 11.^a ed., Madrid, 2012.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código civil*, Madrid, 2018.
- FARNÓS AMORÓS, Ester, ARROYO AMAYUELAS, Esther: «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?», *InDret*, 2015, pp. 1-32.
- GAGO SIMARRO, Clara, ANTUÑA GARCÍA, Pablo: «La ausencia de relación familiar: ¿justa causa de desheredación de hijos o descendientes?», *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 1208-1240.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: art. 756, en Cañizares Laso, Ana, de Pablo Contreras, Pedro, Orduña Moreno, Javier, Valpuesta Fernández, Rosario (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, Cizur Menor, 2011, pp. 628-638.
- GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel: «La desheredación del menor de edad», *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 32, julio 2021, pp. 384-465.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: «Indignidad sucesoria y desheredación. Una visión actual», en García Mayo, Manuel (dir.), *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Las Rozas (Madrid), 2020, pp. 439-470.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *Indignidad sucesoria y desheredación*, Granada, 2004.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis et al, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Sucesiones*, 3.^a ed. Revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2007.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert, «Editorial. Legítima y conflicto familiar. No se puede abandonar a los hijos una segunda vez», *InDret*, 2024/3, pp. I-VI.
- LÓPEZ MATA, Sebastián: art. 756, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario del Código civil*, 5.^a ed., Cizur Menor, 2021, pp. 1006-1011.

- MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a Mar: «La exclusión del hijo en la herencia del testador (Una visión actualizada de la desheredación en el Código Civil)», *RCDI*, 2016, núm. 756, pp. 1847-1884.
- MENA-BERNAL ESCOBAR, M.^a José: *La indignidad para suceder*, Valencia, 1995.
- MIQUEL, José M.^a: «La indignidad para suceder por atentar contra la vida del causante», *Almacén de Derecho* (7.10.2021), <https://almacendederecho.org/la-indignidad-para-suceder-por-atentar-contra-la-vida-del-causante> (último acceso, 10/6/2024).
- MUÑOZ CATALÁN, Elisa: «Fundamentos jurídicos del maltrato psicológico *ex iusta causa* para desheredar en la reciente doctrina jurisprudencial», *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 491-504.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V. Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., Madrid, 2016.
- ORDÁS ALONSO, Marta: *La desheredación y sus causas*, Las Rozas (Madrid), 2021.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: *La indignidad sucesoria en el Código civil español*, Madrid, 1997.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «Doctrina de la DGSJyFP sobre los requisitos de la desheredación», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, 2021, pp. 419-434.
- PÉREZ VALLEJO, Ana María: «Progenitores e hijos ausentes: el maltrato psicológico a debate como causa de desheredación», *RCDI* 2024, núm. 800, pp. 3499-3529.
- PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho Civil español*, Tomo VI, 3.^a ed., Madrid, 1976.
- RAMOS, Rafael: *De las sucesiones. Tratado teórico-práctico según el Código civil*, t. 2, Madrid, 1898.
- REPRESA POLO, M.^a Patricia: *La desheredación en el Código civil*, Madrid, 2016.
- «Indignidad y desheredación: sanciones civiles en el orden sucesorio (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo 02/07/2019)», *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2020, pp. 93-112.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «La legítima, artículo 451-17», en Egea Fernández, Joan, Ferrer Riba, Josep (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Barcelona, 2011, pp. 1393-1402.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Derecho de sucesiones. Común y foral*, 4.^a ed., Madrid, 2009.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: *Fundamentos del derecho de sucesiones*, Madrid, 2022.
- TORRES GARCÍA, Teodora F., DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La legítima en el Código civil (I)», en Gete-Alonso y Calera, M.C. (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones*, Cizur Menor, 2011.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Acerca del fundamento de la legítima», *InDret*, 2017, pp. 1-25.
- *Comentario al Código civil de Cataluña. Libro 4: derecho de sucesiones*, Barcelona, 2024.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «La indignidad sucesoria por ofensas *post mortem* al causante en el Código civil español», *ADC*, 2021, pp. 355-406.
- VERDERA SERVER, Rafael: *Contra la legítima*, Madrid, 2022.
- VIOLA DEMESTRE, Isabel: «Extinció de l'obligació de prestar aliments al fill major d'edat per absència de relació personal amb el progenitor alimentant: interpretació restrictiva. Comentari de la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 2 de març de 2017», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 19, 2018, pp. 173-188.
- VIVES VELO DE ANTELO, Patricia: *Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación*, Madrid, 2024.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. TRIBUNAL SUPREMO

STS de 16 de junio de 1990, Roj: STS 5683/1990 - ECLI:ES:TS:1990:5683.
STS 632/1995, de 26 de junio, Roj: STS 3711/1995 - ECLI:ES:TS:1995:3711.
STS 258/2014, de 3 de junio, Roj: STS 2484/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2484.
STS 55/2015, de 12 de febrero, Roj: STS 439/2015 - ECLI:ES:TS:2015:439.
STS 59/2015, de 30 de enero, Roj: STS 565/2015 - ECLI:ES:TS:2015:565.
STS 491/2018, de 27 de junio, Roj: STS 2492/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2492.
STS 104/2019, de 19 de febrero, Roj: STS 502/2019 - ECLI:ES:TS:2019:502.
STS 104/2019, de 19 de febrero, Roj: STS 502/2019 - ECLI:ES:TS:2019:502.
STS 267/2019, de 13 de mayo, Roj: STS 1523/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1523.
STS 384/2019, de 2 de julio, Roj: STS 2241/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2241.
STS 419/2022, de 24 de mayo, Roj: STS 2068/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2068.
STS 556/2023, de 19 de abril, Roj: STS 1676/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1676.
STS 378/2024, de 14 de marzo, Roj: STS 1595/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1595.
STS 802/2024, de 5 de junio, Roj: STS 2068/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2068.

2. TSJ CATALUÑA

STSJ Cataluña 41/2015, de 28 de mayo, Roj: STSJ CAT 5193/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:5193.
STSJ Cataluña 4/2017, de 2 de febrero, Roj: STSJ CAT 494/2017 - ECLI:ES:TSJCAT:2017:494.
STSJ Cataluña 11/2017, de 2 de marzo, Roj: STSJ CAT 1448/2017 - ECLI:ES:TSJCAT:2017:1448.
STSJ Cataluña 2/2018, de 8 de enero, Roj: STSJ CAT 9/2018 - ECLI:ES:TSJCAT:2018:9.
STSJ Cataluña 49/2018, de 31 de mayo, Roj: STSJ CAT 5448/2018 - ECLI:ES:TSJCAT:2018:5448.
STSJ Cataluña 1/2019, de 14 de enero, Roj: STSJ CAT 441/2019 - ECLI:ES:TSJCAT:2019:441.
STSJ Cataluña 20/2019, de 11 de marzo, Roj: STSJ CAT 1688/2019 - ECLI:ES:TSJCAT:2019:1688.
STSJ Cataluña 59/2023, de 18 de octubre, Roj: STSJ CAT 10711/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:10711.
STSJ Cataluña 54/2023, de 18 de septiembre, Roj: STSJ CAT 8710/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:8710.

3. AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Alicante 164/2023, de 11 de mayo, Roj: SAP A 1137/2023 - ECLI:ES:APA:2023:1137.

- SAP Asturias 92/2007, de 12 de marzo, Roj: SAP O 2355/2007 -
ECLI:ES:APO:2007:2355.
- SAP Asturias 23/2016, de 1 de febrero, Roj: SAP O 78/2016 -
ECLI:ES:APO:2016:78.
- SAP Asturias 412/2020, de 30 de noviembre, Roj: SAP O 4878/2020 -
ECLI:ES:APO:2020:4878.
- SAP Barcelona (4) 681/2023, de 15 de noviembre, Roj: SAP B 11596/2023
- ECLI:ES:APB:2023:11596.
- SAP Barcelona (16) 281/2018, de 19 de junio, Roj: SAP B 6165/2018 -
ECLI:ES:APB:2018:6165.
- SAP Barcelona (16) 46/2019, de 31 de enero, Roj: SAP B 509/2019 -
ECLI:ES:APB:2019:509.
- SAP Barcelona (16) 467/2022, de 24 de octubre, Roj: SAP B 12578/2022 -
ECLI:ES:APB:2022:12578.
- SAP Barcelona (17) 34/2013, de 4 de febrero, Roj: SAP B 2786/2013 -
ECLI:ES:APB:2013:2786.
- SAP Burgos 214/2006, de 6 de junio, Roj: SAP BU 543/2006 -
ECLI:ES:APBU:2006:543.
- SAP Girona 106/2015, de 14 de mayo, Roj: SAP GI 406/2015 -
ECLI:ES:APGI:2015:406.
- SAP La Rioja 204/2009, de 19 de junio, Roj: SAP LO 382/2009 -
ECLI:ES:APLO:2009:382.
- SAP Madrid (20) 415/2013, de 8 de octubre, Roj: SAP M 14726/2013 -
ECLI:ES:APM:2013:14726.
- SAP Murcia 266/2000, de 5 de octubre, Roj: SAP MU 2612/2000 -
ECLI:ES:APMU:2000:2612.
- SAP Salamanca 410/2013, de 19 de diciembre, Roj: SAP SA 706/2013 -
ECLI:ES:APS:2013:706.
- SAP Tenerife 336/2015, de 14 de diciembre, Roj: SAP TF 3051/2015 -
ECLI:ES:APTF:2015:3051.
- SAP Vizcaya 264/2015, de 28 de diciembre, Roj: SAP BI 2390/2015 -
ECLI:ES:APBI:2015:2390.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Prohibición de pisos turísticos en comunidades de vecinos, antes del art. 17.12 LPH, según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA¹

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

En este comentario a varias recientes sentencias del Tribunal Supremo recaídas en materia de pisos turísticos, su autor secunda dicha jurisprudencia cuando entiende prohibido el destino turístico si en los estatutos comunitarios se exige un destino residencial permanente de las viviendas, o cuando incluye, por su similitud, el alquiler turístico como actividad de hospedaje o pensión, o bien como actividad económica o comercial así prohibida por unanimidad en los estatutos de una comunidad de vecinos antes de la entrada en vigor del nuevo art. 17.12 LPH; pero precisando –el autor de este comentario– que son la potencial molestia vecinal y el uso abusivo de los elementos comunes que conlleva aquél alquiler lo que legitima aquella prohibición como expresión de la función social que puede limitar el ejercicio de la propiedad privada y de la libertad de empresa.

PALABRAS CLAVE

Pisos y alquileres turísticos. Viviendas de uso turístico. Hospedaje. Pensión. Propiedad horizontal.

¹ gcerdeira@us.es ORCID: 0000-0003-3988-9233.

Prohibition of tourist apartments in neighbor communities, according to the Jurisprudence of the Supreme Court

ABSTRACT

In this commentary on several recent rulings of the Supreme Court regarding tourist apartments, its author supports said jurisprudence when he considers that the tourist destination is excluded if the community statutes require a permanent residential destination for the homes, or when it includes, due to their similarity, tourist rental as a lodging or boarding activity, or as an economic or commercial activity thus unanimously prohibited in the statutes of a neighborhood community before the entry into force of the new art. 17.12 LPH; but specifying –the author of this comment– that it is the potential neighborhood nuisance and the abusive use of the common elements that this rental entails that legitimizes that prohibition as an expression of the social function that can limit the exercise of private property and freedom of enterprise.

KEY WORDS

Tourist apartments and leases. Homes for tourist use. Lodging. Hostel. Pension. Neighbor communities.

SUMARIO: I. *Prohibiciones o limitaciones estatutarias de pisos turísticos en comunidades de vecinos, antes del art. 17.12 LPH.*–II. *La prohibición o limitación ha de ser expresa y clara.*–III. *Casuística.* 1. La prohibición de cualquier actividad económica, empresarial, industrial o profesional. 1.1 Una cuestión debatida en el foro; 1.2 La jurisprudencia del TS, favorable a la validez de tal prohibición por ser el alquiler turístico una actividad económica, se desempeñe o no profesional o empresarialmente. 2. La prohibición de cualquier uso no residencial o de vivienda: los vaivenes de nuestro Tribunal Supremo. 2.1 En principio, favorable a la exclusión de los alquileres turísticos. 2.2 Después, un cambio de rumbo favorable a los alquileres turísticos. 2.3 Y una –aparente– vuelta a empezar. 3. La prohibición de cualquier actividad turística, hotelera o vacacional: en particular, la prohibición estatutaria de «hospedajes, pensiones y fondas» como comprensivas de las viviendas de uso turístico. 3.1 La posición mayoritaria en el foro favorable a la inclusión de los pisos turísticos en tales prohibiciones estatutarias. 3.2 Y su convalidación por el Tribunal Supremo. –IV. *Causa común en todas las prohibiciones estatutarias: la evitación de actividades potencialmente molestas y abusivas.*–Bibliografía.–Jurisprudencia.

I. PROHIBICIONES O LIMITACIONES ESTATUTARIAS DE PISOS TURÍSTICOS EN COMUNIDADES DE VECINOS, ANTES DEL ART. 17.12 LPH

La existencia de pisos turísticos dentro de las comunidades de vecinos (ya se trate de un edificio, de una urbanización, o de cualquier otro complejo inmobiliario), constituye hoy, sin duda, una de las cuestiones más polémicas habidas sobre la materia; no solo por los problemas convivenciales que los huéspedes de tales alquileres generan², sino también por dificultar aquella actividad en muchos centros urbanos tanto la adquisición como el alquiler de viviendas, lo que, no hace mucho (en 2019), motivó una reforma en la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH), por la que se introdujo un nuevo apartado 12 en su art. 17, a fin de que los vecinos pudieran acordar la limitación o condicionamiento de aquellos alquileres turísticos, por una mayoría cualificada de 3/5, inferior a la unanimidad que antes de tal reforma se requería al suponer tal acuerdo una modificación estatutaria (cfr., el art. 17.9 LPH)³.

Sobre el alcance de aquella norma se han suscitado numerosos debates, y ya se han hecho dispares interpretaciones, en la doctrina y en las Audiencias Provinciales, algunas «oficiales» desde la

² Todo empieza cuando los huéspedes-clientes de los pisos turísticos terminan causando diversas molestias a los vecinos de la comunidad, no tanto por lo que aquellos hacen dentro del piso, sino por lo que hacen con los elementos comunes del inmueble; molestias tales como daños en las escaleras y en los ascensores, así como ruidos por fiestas, bullicios, salidas y entradas intempestivas en el inmueble, defecaciones, preservativos, vómitos, botellas y demás basura arrojados en los elementos comunes (portal, escaleras, ascensor,...); todo lo cual genera gastos de reparación y de limpieza extra, según datos de Exceltur-2015, que aquí tomamos de GUILLÉN NAVARRO, 2015, ap. IX.

³ En efecto, el Real Decreto-Ley 7/2019, que vino a introducir el nuevo art. 17.12 LPH, vino a justificarlo del siguiente modo en el siguiente párrafo del apartado I de su Preámbulo: «Este desigual y heterogéneo comportamiento del mercado del alquiler de vivienda pone de manifiesto la existencia de diversos factores que inciden en esta evolución, y que constituyen el segundo motivo que justifica la urgencia y extraordinaria necesidad de las medidas. Se observa que el incremento de los precios del mercado de la vivienda ha sido particularmente intenso en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas existente. Ello se pone de manifiesto si se analiza la evolución de los precios en los últimos años: las provincias en las que los precios de la vivienda se han incrementado con mayor intensidad han sido Madrid, Barcelona, Las Palmas, Baleares, Málaga y Santa Cruz de Tenerife. No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad. Si se analiza la evolución del alquiler en España de los últimos años, se observa que ha pasado de representar el régimen de tenencia del 20,3% de la población en el año 2011, al 22,9% en el año 2017, según los últimos datos de Eurostat, lo que supone un incremento del 12,8% y puede representar alrededor de 700.000 viviendas más en alquiler en este periodo. Esta tendencia contrasta con la mayor estabilidad de la media de la Unión Europea, en la que el alquiler ha aumentado ligeramente del 29,6% en 2011 al 30,0% en 2017.».

Dirección General de la Seguridad Jurídica y la Fe Pública⁴, a lo que habría que sumar la determinación del alcance de las cláusulas estatutarias vecinales limitadoras de aquella actividad turística ya aprobadas en junta vecinal antes de que en 2019 se introdujera aquel art. 17.12 en la LPH; una norma ésta, lógicamente, que no cabe aplicar retroactivamente a tales acuerdos (según han venido a decir recientemente las SSTS de 27 y 29 de noviembre de 2023⁵, que aquí comentaremos entre otras SSTS)⁶.

Porque, lógicamente, para aquellas cláusulas no cabría exigir tanta precisión en referir tal prohibición a los alquileres turísticos del art. 5.e) LAU, como viene exigiendo la Dirección General de la Seguridad Jurídica y la Fe Pública⁷ en la aplicación del vigente art. 17.12 LPH, cuando tal vez por entonces, cuando aquellos acuerdos fueron adoptados, aquella norma de la LAU ni siquiera existía aún, mucho menos la del art. 17.12 LPH, que, además, aun siendo retroactiva, y por ello aplicable a las comunidades de propietarios existentes antes de su entrada en vigor⁸, no puede afectar,

⁴ Según puede verse, con cita abundante de doctrina y de jurisprudencia (menor y verdadera), en mi monografía sobre el tema (2022): *Pisos turísticos y comunidades de vecinos (comentario al art. 17.12 LPH)*, dentro de la colección «Derecho del turismo», de la editorial REUS, con presentación de A. Fuentes-Lojo Rius y Prólogo de S. Díaz Alabart, Madrid.

⁵ Cuando advierte la primera de ellas que «en este caso, no se trata de la aplicación de dicho precepto recientemente reformado, sino de determinar si en los estatutos de la comunidad actora existe una prohibición de destinar los pisos litigiosos al uso turístico...». Lo mismo advertirá la STS de 29 de noviembre 2023 acerca de un acuerdo comunitario adoptado en 2017: «A efectos de centrar el objeto del recurso debemos advertir que no se plantea en este caso la interpretación y aplicación del art. 17.12 LPH, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler».

⁶ Una cuestión que, con originalidad, detalle –frente al resto de la doctrina–, con cita de abundantes sentencias y gran acierto a mi modo de ver, aborda BERENGUER ALBALADEJO, 2021, pp. 187-198, quien, partiendo de que sobre tal asunto (p. 188), «la casuística es muy amplia y los criterios judiciales variados y contradictorios», distingue para su aclaración entre tres hipótesis: como primera, las cláusulas estatutarias que imponen un determinado destino a los elementos privativos (vgr., de residencia), con exclusión de cualquier otro; como segunda hipótesis, las cláusulas estatutarias que prohíben genéricamente cualquier actividad comercial, industrial, profesional o económica (es la hipótesis que rectamente aquí trataremos); y como tercera hipótesis, la de aquellas cláusulas estatutarias que prohíben expresa y específicamente la actividad de hospedaje o cualquier otra análoga. Naturalmente, también yo mismo trato tales hipótesis en mi monografía antes citada (2022, en sus pp. 83-97).

⁷ En muy diversas Resoluciones que pueden verse comentadas en mi monografía arriba citada (2022, pp. 61-83).

⁸ En efecto, el Real Decreto-Ley 7/2019, que vino a introducir el nuevo art. 17.12 LPH, dice en su Disposición final 3.^a: «El presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»;»; es decir, el 6 de marzo de 2019 (al ser publicado el Decreto-Ley en el BOE del día anterior). Y lo hace con pleno carácter retroactivo, no solo para las nuevas comunidades de vecinos por constituir o crear tras su entrada en vigor, sino también para los regímenes de propiedad horizontal ya existentes con anterioridad a su vigencia. Así cabe entenderlo, como una suerte de retroacción tácita deducible del silencio del legislador, que contrasta con su expresa voluntad de excluir o planificar tal retroactividad para ciertas cuestiones particulares (cfr., sus disposiciones transitorias primera y segunda), entre las que no se comprende la aplicación tempo-

ni afecta, en cambio, a las cláusulas ya adoptadas que, además, lo han sido por la unanimidad que como regla para tal prohibición estatutaria exigía la LPH antes de ser modificada con la introducción de aquel art. 17.12 LPH que vendría a reducir la mayoría requerida a la de los tres quintos antes referidos.

Por eso mismo, para la interpretación de las cláusulas estatutarias prohibitivas de la actividad turística acordadas con anterioridad a la entrada en vigor del art. 17.12 LPH no parece que por sí solas las palabras literalmente empleadas en su redacción deban, en caso de duda, ser determinantes (cfr., los arts. 3.1 y 1281.II CC), cuando por entonces no existía el art. 17.12 LPH (ni tal vez el actual art. 5.e] LAU, con la precisión técnica que hoy contiene en su inciso final). Solo en caso de duda una vez usados todos los posibles criterios interpretativos, cabría entonces concluir, conforme a la presunción de libertad de la propiedad, que el alquiler turístico no está proscrito ni limitado.

Así mismo, a fin de interpretar aquellas cláusulas estatutarias, debe tomarse como premisa la naturaleza híbrida que presentan los estatutos de cualquier comunidad de vecinos como acuerdo normativo, de carácter negocial o convencional, pero que también se aplica como una suerte de ley (o, incluso, de convenio colectivo) entre los vecinos; un acuerdo, además, que en caso de prohibir cualquier actividad en los elementos privativos, ha de ser aprobado, como regla, por unanimidad (afectando así a todos los vecinos, cfr., los arts. 17.9 LPH y 553-30.1 CCCat.), y que, en todo caso, puede llegar también a obligar a terceros (a los nuevos adquirentes de pisos y locales), si tal acuerdo es inscrito en el Registro de la Propiedad (*ex art. 5.III LPH*, cfr., art. 553-11.3 CCCat.), todo lo cual les confiere a tales acuerdos estatutarios una suerte de obligatoriedad y publicidad similar a la que es propia de cualquier norma jurídica⁹.

ral del nuevo art. 17.12 LPH que en aquel Decreto-Ley 7/2019 se introduce, y cuyo inciso final solo excluye la aplicación retroactiva de los acuerdos adoptados en las comunidades de vecinos que limiten o condicione el destino arrendaticio turístico de los pisos, pero no la aplicación misma de la norma que así lo dice.

⁹ ECHEVERRÍA SUMMERS, en los *Comentarios a la LPH* dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano, 2020, pp. 110 y 111, considera que el título constitutivo es «un negocio jurídico, puesto que es un acto derivado de la autonomía de la voluntad... un negocio jurídico de carácter dispositivo», añadiendo luego (p. 127), que «mientras el título constitutivo es un negocio jurídico de carácter configurativo, el estatuto posee naturaleza normativa», aunque diciendo luego (en p. 141) que tiene también una «naturaleza contractual». Por su parte, CARRASCO PERERA (2020, en la misma obra, comentando el art. 17 LPH, pp. 494 y 495), dirá que «los acuerdos son actos jurídicos colectivos, en la medida en que constituyen una suma de voluntades individuales. Pero como negocios jurídicos son declaraciones de voluntad unilaterales, que se imputan al órgano colectivo que es la junta de propietarios y que se integran con los votos de los propietarios, aunque son conceptualmente distintos que una suma de votos. A estos efectos, carece de trascendencia que la LPH no haya reconocido la personalidad jurídica de la comunidad, bastando que haya investido al colectivo de propietarios de una cierta organización tal que permita la unificación de las declaracio-

Esa naturaleza mixta, a los efectos de interpretar tales estatutos, permite acudir, aunque sea mediante la analogía, tanto a las reglas interpretativas del art. 3.1 CC (sobre interpretación de la ley), como a las de los arts. 1281 y ss CC (sobre interpretación de los contratos, que en algunos aspectos tanta similitud guarda con aquellas legales); pero con la peculiaridad de que no solo ha de indagarse en la finalidad contenida en el acuerdo estatutario mismo, sino también en la voluntad o intención de los propios vecinos que aprobaron aquel acuerdo –o no se opusieron–.

Así, por ejemplo, mediante una suerte de interpretación histórica (cfr., art. 1282 CC), la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 enero 2009, rechazó la impugnación de la demandada que pretendía alquilar turísticamente su piso frente a una cláusula estatutaria que lo prohibía, entre otras razones, afirmando que «la demandada pidió permiso a la Junta para dedicar su vivienda a la actividad mercantil en cuestión, permiso que le fue denegado, lo que refuerza su conformidad con dichos acuerdos, conformidad que ya resultaba en todo caso del transcurso del tiempo sin impugnarlos».

O incluso es posible atender a una suerte de *voluntas legislatoris*, que, incluso, permitiría que los propios vecinos aclaren *a posteriori* una cláusula estatutaria prohibitiva anteriormente aprobada, a modo de interpretación auténtica –como así sucedió en la SAP de Guipúzcoa de 12 abril 2019, ratificada luego por la STS de 29 noviembre 2023, según veremos después con más detenimiento–). En ella se trataba de una cláusula estatutaria que decía: «Sobre la utilización de las viviendas y los espacios comunes a ellas atribuidos. Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc.)». Planteado el problema por un vecino que pretendía alquilar con destino turístico su piso, la Junta adoptaría un acuerdo recordando que tal actividad estaba ya prohibida estatutariamente, lo que aquella SAP de Guipúzcoa de 12 abril 2019, admitió (y así aceptaría la STS de 29 noviembre 2023), diciendo aquélla que «para la adopción del acuerdo impugnado no se requería la unanimidad, porque no se trataba de establecer una nueva prohibición de uso *ex novo* que no estuviera prevista en la norma estatutaria, sino de determinar si la actividad de alquiler turístico podía excluirse de la prohibición general de toda actividad económica que ya contempla la norma estatutaria. Estamos ante una norma prohibitiva extensiva por naturaleza, y por tanto la exclusión de una actividad eco-

nes individuales por medio de un procedimiento colegial. Constituye una declaración de voluntad imputable subjetivamente al colectivo de propietarios, y no es una mera suma o juxtaposición de voluntades... En este sentido son actos negociales que «obligan a todos los propietarios»».

nómica concreta de tan amplia prohibición constituye una excepción a la norma general prohibitiva y no una extensión de la prohibición a actividades que no estuvieran incluidas en la misma. Como decimos el acuerdo impugnado no establece una prohibición de uso *ex novo*, sino que simplemente decide no excluir lo que está incluido en una prohibición ya existente, y para ello no era necesaria la unanimidad, que sí habría sido precisa para autorizar la actividad económica prohibida, ya que en este caso sí que estaríamos ante una modificación estatutaria (artículo 17.6 LPH)».

II. LA PROHIBICIÓN O LIMITACIÓN HA DE SER EXPRESA Y CLARA

No se olvide que en la posible prohibición del alquiler turístico, o de cualquier otra actividad –en principio, lícita– a realizar en comunidades de vecinos están también en juego el derecho a la propiedad privada, consagrado como derecho fundamental por el art. 33.1 de nuestra Constitución, y la libertad de empresa, que reconoce el art. 38 CE. Tales normas, aunadas por el resto del ordenamiento jurídico (vigente en materia de servidumbres, de prohibiciones de disponer, ...), hacen que en nuestro Derecho rija como regla, como principio general del Derecho, la libertad del dominio en su ejercicio, y que tal libertad se presume, salvo que se demuestre lo contrario, es decir, que se acredite que tal libertad en el modo de ejercitarse la propiedad está sujeta a limitaciones; y puesto que tales limitaciones constituyen la excepción a la regla (que es la del libre ejercicio de la propiedad), toda duda que genere tal limitación, habrá de ser interpretada restrictivamente, esto es, en contra de la limitación y a favor de la libertad del dominio. De tal modo que lo que no esté claramente limitado o prohibido para el dominio, se ha de entender permitido¹⁰.

De ahí que para la misma jurisprudencia –recaída ya en materia de pisos turísticos antes del actual art. 17.12 LPH–, solo cabe que el destino turístico de los pisos en una comunidad de propietarios quede restringido o totalmente proscrito cuando en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad se contenga una prohibi-

¹⁰ Estas afirmaciones generales se han consolidado en abundante jurisprudencia, tanto del TS como de la –antes denominada– DGRyN, que puede verse citada y transcrita en GARCÍA GARCÍA, 2017, pp. 894 ss, 1228 ss, y 1264 ss; o en los *Comentarios a la LPH* dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2020, pp. 169, 170, 232 y 233, y comentando ÁLVAREZ OLALLA el art. 7.2 LPH.

ción clara y expresa –«clara y expresa», se dice reiteradamente–. De lo contrario, el dueño de cada piso o local tendrá libertad para destinarlo a tal fin vacacional o turístico, o a cualquier otro no prohibido expresa y claramente, pudiendo luego cambiarlo, también, a cualquier otro destino.

Limitando tales afirmaciones al tema que nos ocupa, el de los pisos turísticos, resulta, sin duda, a tal respecto destacable como pionera, la STS de 27 noviembre 2008, de la que merecen ser trascritos casi íntegramente sus Fundamentos Jurídicos 2.^º y 3.^º:

Comienza diciendo en el Fundamento 2.^º que «en un sistema en el que la propiedad privada está reconocida constitucionalmente (art. 33 CE) y en el que los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización sobre su inmueble, las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo (SSTS 20 de septiembre y 10 de octubre de 2007). Tal conclusión determina que la mera descripción del uso y destino del edificio en los Estatutos o en el Título, no supone por sí misma limitación del uso o de las facultades dominicales, pues para ello es necesaria una cláusula o regla precisa y concreta, con obligación para los comunitarios de su cumplimiento, pero la descripción del edificio y de sus partes contenida en los estatutos o en el título de propiedad constituye un elemento relevante en la labor interpretativa que debe llevarse a cabo para determinar el alcance de la aplicación a la realidad concreta de un determinado edificio en régimen de comunidad de los conceptos que la Ley utiliza para acotar los elementos comunes llamados esenciales (SSTS de 23 de febrero 2006; 10 de octubre de 2007)».

Y añade en su Fundamento 3.^º: «La jurisprudencia de esta Sala ha declarado con absoluta reiteración la libertad de los derechos dominicales y la posibilidad que cada uno de los propietarios bajo el régimen de la Propiedad Horizontal pueda realizar cuantas actividades parezcan adecuadas sobre su inmueble, otorgándole las máximas posibilidades de utilización, por lo que ningún interés casacional justifica un pronunciamiento que siente la doctrina adecuada. Esta es y ha sido la línea constante seguida por esta Sala, como recuerda la sentencia de 23 de febrero de 2006, respecto a la facultad de decisión de cada titular: así, la STS de 7 de

febrero de 1989 permitió el cambio de cine a discoteca; la STS de 24 de julio de 1992 ha acogido la modificación del destino de una vivienda a consulta radiológica; la STS de 21 de abril de 1997 admitió la instalación en un piso para vivienda de una oficina –o, al revés, de oficina en vivienda, según la posterior STS de 12 septiembre 2013 (añadimos nosotros); la de 29 de febrero de 2000, en similar circunstancia, ha consentido el ejercicio de la profesión de médico; y la STS de 30 de mayo de 2001 lo declaró también para la práctica profesional de quiromasaje. Ahora bien, una cosa es que lo excepcional sea la prohibición o límite al ejercicio de los derechos y otra que no se actúen aquellas prohibiciones de cambio por voluntad unilateral de su propietario... No estamos, por tanto, ante un supuesto en el que puede conjugarse un uso diferente del que resulta de la propia configuración de la vivienda, “sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias”, sino ante un cambio sustancial y prohibido en sí mismo de destino, que esta Sala ha negado en otros casos: Sentencia de 9 de mayo de 2002 (almacén, a que estaba destinado, en garaje para guarda y circulación de vehículos), o la más reciente de 20 de septiembre de 2007 (locales industriales o almacenes en garaje: la modificación interesada –dice– conllevaría no solo “la realización de importantes obras que afectarían a los elementos comunes”, sino que alteraría la naturaleza del local, “pues tal destino se deriva de la propia configuración de los mismos”».

Secundando tal jurisprudencia, cabe citar, entre otras, refiriéndose también específicamente a los pisos turísticos, las SSTSJ de Cataluña de 20 febrero 2012, las dos de 19 mayo 2016, y las de 13 septiembre 2018 y 24 enero 2019).

III. CASUÍSTICA

1. LA PROHIBICIÓN DE CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA, EMPRESARIAL, INDUSTRIAL O PROFESIONAL

1.1 Una cuestión debatida en el foro

Entre las cláusulas estatutarias más debatidas, a la vista de las dispares soluciones habidas en el foro, destaca aquella que incluya, o no, tal actividad turística cuando no expresa su dimensión jurídica o destino turístico, vacacional u hotelero, sino, más genérica-

mente aún, el económico (empresarial, comercial o profesional), que la actividad supone para el dueño del piso¹¹.

Entre las Audiencias Provinciales ha habido soluciones en ambas direcciones: unas que incluían la actividad turística en la prohibición estatutaria de cualquier actividad profesional, comercial o empresarial, y otras (las menos) que la excluían, exigiendo éstas, en mi opinión, una pulcritud o precisión en las palabras empleadas por una comunidad de vecinos que ni siquiera el legislador exige, por ejemplo, cuando somete a tributación o a licencias administrativas aquella actividad turística ante la finalidad económica o comercial y el desempeño profesional (o quasi empresarial, si se quiere) que evidentemente la misma presenta.

En la posición mayoritaria de nuestra jurisprudencia menor, favorable a incluir los pisos turísticos en las cláusulas prohibitivas de cualquier actividad económica, empresarial o comercial, cabe citar, por ejemplo, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 enero 2009, en el caso sobre un acuerdo contenido en los estatutos de la comunidad que decía: «Queda prohibido expresamente a los comuneros, salvo acuerdo unánime en junta general: A) destinar las viviendas a clínicas, colegios, guarderías, despachos o cualquier otro tipo de actividad profesional, industrial o comercial».

En similar sentido, la SAP de Guipúzcoa de 12 abril 2019 (que por ello sería luego recurrida en casación, según veremos): «Dicha Norma dispone que «Sobre la utilización de las viviendas y los espacios comunes a ellas atribuidos.– Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc.)», desprendiéndose con claridad del tenor literal de la norma que en la misma se prohíbe toda actividad económica, y que la enumeración de actividades que se incluye en la norma es claramente ejemplificativa y no exhaustiva, pues el empleo del término «etcétera» permite considerar incluidas en la prohibición otras actividades económicas distintas de las enumeradas. (...) Por tanto, dado que el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad económica, equiparable a las actividades económicas que a título ejemplificativo se enumeran la Norma Quinta de los Estatutos, caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial, no cabe sino concluir que la actividad en cuestión está incluida en la prohibición estatutaria».

La misma AP de Guipúzcoa, en su sentencia de 4 junio 2021, haría lo propio sobre la siguiente cláusula estatutaria: «Uso de ele-

¹¹ La segunda hipótesis a que se refiere BERENGUER ALBALADEJO, 2020, pp. 194 ss.

mentos comunes: se establecen las siguientes prohibiciones o limitaciones: a) Viviendas. Las viviendas se consideran como residencias familiares exclusivamente y en consecuencia no podrá desarrollarse en ellas, por sus propietarios, familiares o inquilino o terceras personas ninguna actividad profesional, comercial o industrial o cualquier otro uso no mencionado expresamente que altere el principio de «residencia familiar». Esta prohibición, que se establece por deseo unánime de todos sus propietarios, será mantenida invariablemente como condición expresa en todas las transmisiones de dominio que puedan tener lugar por cesión, venta, herencia o cualquier otra causa». De tal regla dirá la SAP que «no se limita a describir el uso de las viviendas, sino que impone que deben servir de residencia familiar. La residencia es el lugar en el que se reside y residir, de acuerdo con el diccionario de la RAE, es «estar establecido en un lugar», lo que denota estabilidad y permanencia. Por otra parte, la regla excluye que pueda desarrollarse en la vivienda actividad profesional, comercial o industrial alguna y, como cláusula de cierre añade: «cualquier otro uso no mencionado expresamente que altere el principio de «residencia familiar». Entendemos que la actividad turística desarrollada en el piso de autos es una actividad mercantil que altera el principio de residencia familiar y, por tanto, no permitida en los estatutos de la comunidad de propietarios demandante. No cabe asimilar la actividad de piso turístico, que se asemeja más a una relación de hospedaje propia de un hotel o una pensión, que no condiciona en modo alguno el hospedaje a que los usuarios integren un grupo familiar pudiendo limitarse el uso de la vivienda a un solo día, a una relación de inquilinato sujeta a la Ley de Arrendamientos Urbanos en la que existe una residencia con cierta vocación de continuidad y permanencia. De hecho, las viviendas que se arriendan para uso turístico quedan fuera del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos... al establecer la regla estatutaria de manera específica que el destino de las viviendas será exclusivamente de residencia familiar y excluir el desarrollo de cualquier actividad que altere ese destino, sin ello suponga una interpretación extensiva de la misma, pues resulta encuadrable en sus términos (la actividad mercantil que se desarrolla en la vivienda, no constituye un alquiler y altera la consideración de las viviendas como residencias familiares) y, por tanto, no es preciso que se mencione expresamente como actividad excluida la de uso turístico, máxime cuando la misma era inexistente en el momento en que todos los copropietarios por unanimidad decidieron establecer la prohibición».

Así también la SAP de Cantabria de 28 noviembre 2022, acerca de unos estatutos en los que se decía: «Cada propietario tiene la plena propiedad de su vivienda unifamiliar y el jardín anejo a la misma y cuantos elementos estén en el interior de la misma. Sin embargo, en las viviendas los propietarios están sujetos a la siguientes limitaciones: c) La no instalación de negocios, comercios o industrias en las viviendas», y donde, según la sentencia de apelación, se «impone una limitación que, sin mayor esfuerzo hermenéutico que respetar su literalidad (art. 1281 CC), supone una prohibición clara para la instalación de negocios, comercios o industrias en las viviendas, aunque se utilice otra terminología («no instalación (...)»). (...) Además, negocio, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es «aquello que es objeto o materia de una ocupación lucrativa o de interés», como inevitablemente debe ser calificada el destino para uso turístico de una vivienda».

En contra de toda esta posición mayoritaria habida en el foro de nuestros tribunales, la SAP de Baleares de 10 diciembre 2009, ante un acuerdo comunitario que decía: «Queda terminantemente prohibido destinar los apartamentos a actividades comerciales o industriales de cualquier género», por de lo que la AP de Baleares «considera que el alquiler de un solo apartamento en la forma expuesta, con un solo servicio accesorio, que es el de limpieza, con carácter opcional, tal como se deduce de la propaganda aportada de Internet, en relación con una persona que no consta sea titular de otros apartamentos que los explote de la misma manera, entendemos que no puede ser considerada como una actividad comercial en el sentido expresado por este artículo de los estatutos, recordando que este concepto no puede ser interpretado de modo extensivo, sino que lo debe ser restrictivo, como se indica en la doctrina jurisprudencial... El hecho de que al arrendatario se le facilite con carácter opcional un servicio de limpieza, o el que se entregue a una empresa intermediaria para conseguir arrendatarios, no lo consideramos de suficiente entidad para convertir un arrendamiento de temporada en una actividad similar a la de hostelería, que sí se reputa comercial... Si se quiere buscar una analogía con el concepto de comerciante y de actos de comercio de los artículos 1 a 3 del Código de Comercio, la actividad de una persona que en relación a un solo apartamento de su propiedad efectúa una media de doce a catorce arrendamientos de temporada en verano y lo anuncia en Internet o se vale de una entidad intermediaria, que percibe una comisión por su gestión, estimamos que no tiene la suficiente entidad para ser calificada como acto de comercio y que el demandado

sea un comerciante. (...) En consecuencia, el uso al que destina el apartamento el demandado no puede ser calificado como de actividad comercial».

Así también lo entendió la SAP de Asturias de 3 febrero 2021, que por ello sería objeto también de un recurso de casación¹² (según veremos a continuación), sobre el siguiente acuerdo «No podrán ejercerse actividades profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales de ningún tipo, reservándose su uso al de carácter exclusivamente residencial», considerando que «las viviendas se destinan a un fin empresarial pero sin modificar su uso», que sigue siendo residencial aunque no se trate del estricto domicilio del huésped.

«Existiendo sobre este punto jurisprudencia contradictoria entre las audiencias provinciales, y sin que, sobre esta particular cuestión, exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo», el motivo de casación estaba fundado (*ex art. 477 LEC*), según decía la STS de 27 noviembre 2023 para resolver el recurso interpuesto, precisamente, contra la SAP de Asturias; mientras que, dos días después, en su STS de 29 noviembre vendría a resolverlo contra la SAP de Guipúzcoa de 12 abril 2019, arriba citada, entre las favorables a la inclusión del alquiler turístico entre las actividades económicas proscritas estatutariamente. Veámoslas, pues, sin mayor dilación.

1.2. La jurisprudencia del TS, favorable a la validez de tal prohibición por ser el alquiler turístico una actividad económica, se desempeñe o no profesional o empresarialmente

En efecto, la cuestión suscitada en el foro ha sido, recientemente, resuelta por el propio Tribunal Supremo, en dos ocasiones consecutivas, formando así jurisprudencia, en favor de incluir los alquileres turísticos entre las actividades económicas, comerciales o empresariales prohibidas en los estatutos de la comunidad, antes del nuevo art. 17.12 LPH, incluso al margen de que el dueño del piso turístico fuera o no empresario dedicado profesionalmente al sector turístico u hotelero¹³:

Una de ellas, la primera, fue la STS de 27 noviembre 2023, que enjuiciaba un acuerdo estatutario del siguiente tenor (recuérdese,

¹² Y de un férrea –y merecida– crítica por parte de BERENGUER ALBALADEJO, 2020, pp. 191-193.

¹³ Para un comentario breve y expositivo de tal jurisprudencia, VELA TORRES, 2024; y GARCÍA DE PABLOS, 2024.

pues era el caso de la SAP de Asturias de 3 febrero 2021¹⁴): «En los departamentos independientes del edificio –viviendas– a los que se accede por el portal uno... no podrán ejercerse actividades profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales de ningún tipo; reservándose su uso al de carácter exclusivamente residencial. En el portal uno del edificio, no podrán, en consecuencia, instalarse placas anunciadoras de dichas actividades ni, en general, de ningún tipo, ni señal alguna que permita identificar a los propietarios o inquilinos de los componentes de inmueble. Por el contrario, en el portal dos del inmueble sí podrán establecerse dichas placas anunciadoras de las actividades profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales que se ejerzan en los locales a los que se accede a través de dicho portal, las cuales deberán respetar las mejores condiciones estéticas y de decoro, y no quebrantar la armonía del conjunto arquitectónico, ni menoscabar el rango del edificio. Fuera de la reserva que se establece en beneficio exclusivo de la promotora y de lo que se regula específicamente en el artículo siguiente, no podrán instalarse en la cubierta y fachada del edificio, antenas, rótulos, anuncios, banderolas, toldos, lonas ni cualesquiera otras instalaciones fijas o móviles».

Ante tal cláusula estatutaria y considerando, además, que la propietaria que explotaba turísticamente el piso en lid era una empresa del sector, dirá el TS, en contra de aquella SAP de Asturias de 3 febrero 2021, que el alquiler desempeñado no es solo del piso sino de servicios propios de la hostelería (como menaje, limpieza, disponibilidad 24 horas,...), llevados a cabo, además, por una sociedad mercantil dedicada profesionalmente a ello: «La actividad del alquiler de los pisos de uso turístico consiste, en el caso que nos ocupa,... no solo en la puesta a disposición material de los inmuebles para su utilización por terceras personas, que acceden a su uso mediante el pago de un precio y, de esta forma, cubren sus transitorias necesidades de habitación, sino también la prestación de servicios adicionales..., algunos incluso dentro de los propios pisos litigiosos. (...) Dicha actividad es prestada por una sociedad mercantil con ánimo de lucro, que actúa en el tráfico jurídico para su explotación, la cual voluntariamente se sometió al régimen jurídico... de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico –según la normativa, asturiana, aplicable al caso–». Y tras enumerar los servicios propios de hostelería que aquella sociedad realizaba en el piso en alquiler turístico, concluía el TS diciendo: «Este elenco de obligaciones, que implica la prestación de una serie de servi-

¹⁴ Que se mostraba contraria a incluir el alquiler turístico como actividad económica, prohibida estatutariamente por la comunidad de vecinos.

cios y asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de los pisos como de uso turístico, determinan que la actividad de la empresa explotadora no se desarrolle extramuros de los inmuebles litigiosos, sino también en su interior, por lo que, si bien están destinados a residencia de los usuarios, en ellos también se lleva a efecto una actividad empresarial publicitada en el mercado turístico. (...) De la lectura, ahora, de la escritura de obra nueva y división horizontal, se observa que los predios comunitarios, destinados a vivienda, son diferenciados de las oficinas y locales, y tienen su acceso exclusivo por el portal uno,... todo ello con la finalidad pretendida de distinguirlos usos empresariales de los meramente residenciales, con evitación de las molestias derivadas del trasiego de personas y cosas», justificando, con esta última precisión, dirigida a la evitación de potenciales molestias, aquella cláusula estatutaria prohibitiva, que lo es no de cualquier actividad empresarial o económica, sino de aquella que sea potencialmente perturbadora de la convivencia vecinal, lo que, según detallaremos en el último epígrafe, justifica que la función social de la propiedad, como en nuestro caso es el interés general de la comunidad de vecinos, se anteponga no solo a la propiedad privada, sino también a la libertad de empresa (cfr., los arts. 33 y 38 CE).

El otro caso, resuelto dos días después del anterior, fue el de la STS de 29 noviembre 2023, que vino a resolver el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Guipúzcoa de 12 abril 2019 (vista en el epígrafe anterior), y que el TS viene a confirmar en su inclusión del alquiler turístico como actividad económica proscrita estatutariamente por la comunidad de vecinos, aunque tal actividad no se realice profesional o empresarialmente. Se trataba, recuérdese, de una cláusula estatutaria que decía: «Sobre la utilización de las viviendas y los espacios comunes a ellas atribuidos. – Queda terminantemente prohibido la realización de actividad económica alguna en las viviendas (oficina, despacho, consulta, clínica, etc.,...) salvo que la propia subcomunidad de portal lo autorice por unanimidad previa consulta obligatoria de algún interesado».

Ante tal redacción, argumentará *in extenso* el TS en el punto 4 del Fundamento Jurídico 5.^º de aquella sentencia, en favor de «la condición de actividad económica de la actividad de alquiler de las viviendas que se ofrezcan o comercialicen como alojamiento por motivos turísticos o vacacionales, y que son cedidas temporalmente por la persona propietaria, explotadora o gestora y comercializadas directamente por ella misma o indirectamente, a terceros, de forma reiterada o habitual y a cambio de contraprestación económica. (...) El que el desempeño de esa actividad comporte una serie de requisi-

tos y condiciones, incluidos los de funcionamiento, implica la prestación de una serie de servicios y la asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de las viviendas para uso turístico que determinan que la actividad y la prestación del servicio turístico se desarrolle en la propia vivienda. (...) Lo señalado permite, como bien dice la Audiencia, concluir que el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad incluida en la prohibición estatutaria, pues es una actividad económica, equiparable a las actividades económicas que a título ejemplificativo se enumeran en la Norma Quinta de los Estatutos, caracterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial. (...) Esta interpretación es conforme con la jurisprudencia de la sala acerca de que las limitaciones tienen que ser claras, precisas y expresas porque la inclusión de la actividad turística en la prohibición estatutaria es perfectamente coherente con su letra y espíritu, que no es otra que prohibir que en las viviendas se ejerza una actividad económica con un carácter comercial, profesional o empresarial como sucede con los apartamentos turísticos. (...) Frente a lo anterior no puede prevalecer la argumentación de la parte recurrente cuando equipara el arrendamiento de vivienda para uso turístico con el arrendamiento de vivienda, y que según dice no está prohibido a pesar de que también es una actividad económica. El arrendamiento de vivienda es aquel «arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario» (art. 2 LAU), nada que ver con el concepto de la actividad a que se refiere la normativa sectorial turística aplicable, dirigida a «proporcionar alojamiento temporal sin constituir cambio de residencia para la persona alojada». La misma normativa sectorial turística aplicable y que se cita en las dos sentencias de instancia resalta expresamente la diferencia con que se contempla la comercialización de estancias turísticas en viviendas, alojamientos de corta duración, o las ofertadas para uso vacacional, con el arrendamiento de vivienda. La mencionada legislación turística expresamente excluye de la consideración de viviendas para uso turístico el arrendamiento de vivienda según lo establecido en la Ley 29/1994, de 29 de noviembre, de arrendamientos urbanos, de la misma manera que, en los términos que hemos señalado, el art. 5.e) de esta última ley excluye de su ámbito de aplicación los alquileres turísticos».

Por nuestra parte, aun compartiendo la conclusión a que llega nuestra jurisprudencia, sus argumentaciones y afirmaciones requieren, según creo, de alguna precisión (que, como se verá en el último epígrafe de este trabajo, no resultará baladí).

2. LA PROHIBICIÓN DE CUALQUIER USO NO RESIDENCIAL O DE VIVIENDA¹⁵: LOS VAIVENES DE NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO

2.1 En principio, favorable a la exclusión de los alquileres turísticos

Al inicio, y desde hace mucho, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo bastaba con que en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad de vecinos se empleara el término «vivienda» como para interpretar que el único destino admitido del piso era para tal fin, de residencia, hogar o morada, que, como tal, se contradecía con el del fin turístico, y que solo sería compatible con un arrendamiento más estable y duradero (para vivienda, o por temporada más duradera).

Tal fue la posición de nuestro TS desde su sentencia de 28 abril 1978, pasando por la de 10 octubre 1989, hasta la posterior, y más específica sobre el tema que nos ocupa, de 23 de noviembre 1995:

La STS 10 octubre 1989, aunque sin tratar el problema específico convivencial, ya entendía que los arrendamientos de apartamentos para turistas no son arrendamientos de vivienda, en cuanto «habitación» o «morada» estable, a modo de residencia o domicilio, del inquilino y de su familia, sometido a la LAU, sino arriendos de ocio o distracción por períodos breves para el alojamiento, pero no para la vivienda, con desconocimiento de personas, sometidos por ello a las reglas comunes sobre arrendamiento y hospedaje contenidas en el CC.

Lo mismo había dicho antes la STS de 28 abril 1978, para un caso en que pretendía arrendarse un piso para vivienda, cuando la cláusula estatutaria de la comunidad decía: «Los pisos habrán de destinarse a viviendas» («habrán», decía, según recalca insistentemente aquella STS de 1978).

Más específica fue, en efecto, la STS de 23 noviembre 1995: en ella el pleito giraba en torno a dos pisos de alquiler turístico dispuestos por un matrimonio, quienes habían sido ellos mismos los promotores del edificio y habían realizado obras de reforma en tales pisos (convirtiendo cocinas y salones en dormitorios). Centrada la cuestión en lo que describía el título constitutivo como «planta de sótano, y plantas bajas, con destino a locales comerciales, y siete plantas altas, destinadas a vivienda», deduciría de tal descripción

¹⁵ Es la primera de la hipótesis a que se refiere BERENGUER ALBALADEJO, 2021, pp. 189 ss.

ción el TS que: «Así las cosas, no parece en este caso concreto que la expresión de destino a viviendas de los pisos de las plantas altas fuera utilizada en acepción genérica y usual equivalente a piso o departamento singular, como entiende el Juzgador de instancia, no puede olvidarse que en las mencionadas escrituras notariales se hace una clara y cuidada diferenciación entre piso, concepto genérico, y vivienda, locución específica..., término que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 junio 1970, de acuerdo con el diccionario oficial de la lengua significa morada, habitación, hogar, y que por venir gramaticalmente establecido en el título constitutivo, la expresión «destino a vivienda», excluye cualquier otro destino, a salvo que en cada caso concreto pueda conjugarse, sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias». Además, «la industria de hospedaje –del caso– resta mucho de ser la acogida de huéspedes en la propia vivienda o la modesta pensión que en ocasiones pudiera entenderse encuadrada en la finalidad de habitación o morada». «En consecuencia –concluye el TS–, se considera que los demandados han actuado incurriendo en una situación de abuso de derecho, puesto que esto en sí ya supone la abusiva implantación hotelera realizada por los mismos que, se encuadra sin necesidad de prueba concreta en la prohibición que establece el art. 7 párr. 3.^º de la LPH –hoy, art. 7.2 LPH–, que impide a todo propietario desarrollar en el piso actividades no permitidas por los estatutos o incómodas para la finca, pues cabe presumir la consecuencia dañosa de la incomodidad para el resto de comuneros»; daños, además, que en el caso se produjeron efectivamente, y así fueron acreditados, como el desorden de horarios de entrada y salida de huéspedes, el uso intensivo de luces y ascensor, etc.

2.2 Después, un cambio de rumbo favorable a los alquileres turísticos

Pronto, sin embargo, la jurisprudencia cambiará (no en vano, aquella STS de 23 noviembre 1995 resolvía «en este caso concreto», según comenzaba diciendo en sus argumentos –en el epígrafe anterior transcritos–).

Al fin y al cabo, precisar el destino de los elementos privativos (pisos y locales) del régimen de propiedad horizontal es algo que la propia Ley contempla como voluntario (cfr., los aps. I y III del

art. 5 LPH¹⁶, así como el art. 553-11 CCCat.); de modo que se hable, o no, de los pisos como «viviendas» en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad no deja de ser una descripción muy genérica, en nada determinante para que, por sí sola, afecte, restringiéndolo, al destino de cada piso o local.

Por encima de tan genérica descripción, o de cualquier otra, y en contra de tan generosa interpretación, se sitúan el derecho a la propiedad privada, consagrado como derecho fundamental por el art. 33.1 de nuestra Constitución, y la libertad de empresa, que reconoce el art. 38 CE. Tales normas, aunadas por el resto del ordenamiento jurídico (vigente en materia de servidumbres, de prohibiciones de disponer, ...), hacen que en nuestro Derecho rija como regla, como principio general del Derecho, la libertad del dominio en su ejercicio, y que tal libertad se presuma, salvo que se demuestre lo contrario, es decir, que se acredite que tal libertad en el modo de ejercitarse la propiedad está sujeta a limitaciones; y puesto que tales limitaciones constituyen la excepción a la regla (que es la del libre ejercicio de la propiedad), toda duda que genere tal limitación, habrá de ser interpretada restrictivamente, esto es, en contra de la limitación y a favor de la libertad del dominio. De modo que lo que no esté claramente limitado o prohibido para el dominio, se ha de entender permitido. De esta forma, para esta nueva jurisprudencia, solo cabe que el destino turístico de los pisos en una comunidad de propietarios quede restringido o totalmente proscrito cuando en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad se contenga una prohibición clara y expresa.

Permítaseme, de nuevo, aquí solo traer o, más bien, recordar (del apartado II, allí reproducidos en parte algunos) los pronunciamientos judiciales que llevan tales afirmaciones al tema que nos ocupa, el de los pisos turísticos, entre los que, sin duda, es destacable, como pionera, la STS de 27 noviembre 2008, cuya jurisprudencia secundaron, refiriéndose también específicamente a los pisos turísticos, las SSTSJ de Cataluña de 20 febrero 2012 y 19 mayo 2016, entre otras.

Pero pronto, sin embargo, las cosas parecerán cambiar de nuevo, para entender que la exigencia estatutaria de un uso residencial de los pisos y viviendas de la comunidad excluye cualquier alquiler de uso turístico o vacacional. Veamos.

¹⁶ En tal norma, el ap. I, referido al título constitutivo, no exige la mención de tal cuestión, que solo prevé en su ap. III, al decir que «El título podrá –dice– contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios».

2.3 **Y una –aparente– vuelta a empezar**

No hace mucho, la SAP de Madrid de 28 julio 2021 vino a estimar como suficientemente clara y expresa prohibición de los pisos turísticos que en los estatutos de la comunidad de vecinos, datados de 1979, se exigiera a los propietarios destinar sus pisos a vivienda o arrendamiento de vivienda.

Parecido, aunque más concluyente, fue el caso de la SAP de Guipúzcoa de 4 junio 2021, antes mencionada al tratar de la hipótesis de prohibición estatutaria de actividades económicas o empresariales, en un caso –recuérdese (del apartado III.1.1, cuya argumentación allí reproducimos, y al que nos remitimos)– en que la cláusula estatutaria vecinal, de 1970, decía: «Uso de elementos comunes: se establecen las siguientes prohibiciones o limitaciones: a) Viviendas. Las viviendas se consideran como residencias familiares exclusivamente y en consecuencia no podrá desarrollarse en ellas, por sus propietarios, familiares o inquilino o terceras personas ninguna actividad profesional, comercial o industrial o cualquier otro uso no mencionado expresamente que altere el principio de «residencia familiar». Esta prohibición, que se establece por deseo unánime de todos sus propietarios, será mantenida invariablemente como condición expresa en todas las transmisiones de dominio que puedan tener lugar por cesión, venta, herencia o cualquier otra causa». Recurrida en casación, vendrá a ser confirmado todo cuanto decía dicha SAP por la STS de 24 enero 2024, que se limita a suscribir sus argumentos, reproduciéndolos, y añadiendo, con apoyo en la STS de 29 noviembre 2023 (arriba comentada), que los alquileres turísticos también son una actividad económica subsumible en la prohibición estatutaria transcrita.

3. LA PROHIBICIÓN DE CUALQUIER ACTIVIDAD TURÍSTICA, HOTELERA O VACACIONAL: EN PARTICULAR, LA PROHIBICIÓN ESTATUTARIA DE «HOSPEDAJES, PENSIONES Y FONDAS» COMO COMPRENSIVAS DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

3.1 **La posición mayoritaria en el foro favorable a la inclusión de los pisos turísticos en tales prohibiciones estatutarias**

Otro tipo de prohibiciones estatutarias muy comunes, aprobadas por muchas comunidades de vecinos ya antes del vigente art. 17.12

LPH, son el de aquellas¹⁷ que hacen referencia global (genérica o descriptiva, en una enumeración siempre abierta) a cualquier actividad turística, hotelera o vacacional, sea de hospedaje o arrendaticia, en la que el común del foro, no exento de algún parecer contrario, entiende incluidos los estrictos alquileres turísticos.

Así, por ejemplo, los estimaba incluidos la SAP de Barcelona de 21 mayo 2015 en la siguiente cláusula estatutaria (tan variopinta): «Actividades Prohibidas. En especial los propietarios y ocupantes de los pisos o locales del inmueble no podrán desarrollar en los mismos actividades molestas, inmorales, insalubres, nocivas o peligrosas, y muy especialmente los pisos o locales no podrán destinarse a actividades de juego, salas de fiesta, espectáculos, saunas, masajes, relax, ejercicio de la prostitución, y en general cualquier actividad relacionada con el sexo, hospedería, pensiones, viviendas de uso turístico, hostales, residencias de estudiantes o geriátricos, turísticas o guarderías».

Sobre un acuerdo similar, la SAP de Barcelona de 9 octubre 2015, donde se decía que «en cada uno de los pisos o elementos privativos a excepción de los locales no se podrá realizar actividad alguna que venga relacionada con la hostelería, apartamentos turísticos, pensión, fonda o cualquier otro que se relacione con negocio económico de pernocta para terceros a título gratuito o remunerado».

Así también la SAP de Barcelona de 28 septiembre 2021, en un caso cuyos estatutos comunitarios, datados en 1970, decían en su punto 4.º: «Todos los departamentos se destinarán precisamente a vivienda familiar. Se prohíbe, en el inmueble, el ejercicio de actividades industriales o comerciales, así como el negocio de hostelería, pero no así los arrendamientos para la expresada finalidad de vivienda familiar».

También, la SAP de Cádiz de 26 octubre 2021, considera el destino turístico incluido en la prohibición estatutaria que acordaba como proscrito el destino de las viviendas y locales a «pensión». Y en la misma línea, la SAP de Guipúzcoa de 20 junio 2022, admitiendo la prohibición como incluida en la de «hospedería» contenida en unos estatutos comunitarios del año 1948, en cuyo punto 3.º se decía: «Las fincas se destinarán a vivienda u oficinas del titular. No podrá instalarse en ellas, ni en los locales de negocios hospederías, colegios ni servicios que perjudiquen o molesten a la comunidad o afecten a la moral o prestigio de los vecinos. En los locales de negocios o sótanos tampoco podrán instalarse motores, maquinarias o industrias que por producir ruidos o vapores malsanos pudieran afectar al confort o salubridad de las viviendas».

¹⁷ La tercera hipótesis a que se refiere BERENGUER ALBALADEJO, 2020, pp. 196 ss.

También hace una interpretación flexible de los estatutos comunitarios la SAP de Alicante de 29 septiembre 2022: se trataba de unos estatutos aprobados en 1980, con dos artículos referidos a los pisos. Decía uno de ellos: «Destino de los apartamentos. Ningún piso o apartamento configurado como vivienda, podrá destinarse a clínica, pensión, comercio de la clase que fuere, o enseñanza, oficina comercial o mercantil u otra cualquiera actividad distinta a la de la vivienda propiamente dicha»; y el otro precepto añadía: «Arrendamiento de los apartamentos. El propietario de cada piso o local podrá arrendarlo a quien tenga por conveniente, siempre que se haga para el destino que le es propio. Sin embargo no podrá hacerlo al mismo tiempo a un número de personas que excedan de lo que es propio de una familia, ni tampoco dividir aquel en habitaciones de forma que se convierta en un verdadero comercio». Entenderá la SAP de Alicante citada que en ambas normas estatutarias había que entender incluidos, para estimarlos como prohibidos, los pisos turísticos actuales, pues «cuando fueron redactados en 1980 no existían los alquileres turísticos en España, y el título constitutivo ha de interpretarse en base al principio establecido en el artículo 3.1 del Código Civil de la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas, considerando que el alquiler turístico se subsume en las prohibiciones establecidas en dichos artículos».

Y, en la misma línea, por último (para no extender más la cita), la SAP de Bilbao de 11 noviembre 2021, que aquí citamos como la última expresa de tal común posicionamiento en nuestros tribunales, porque fue, no obstante, recurrida en casación, aunque ratificada por el Tribunal Supremo en la inclusión de los alojamientos turísticos entre las actividades de hospedería estatutariamente proscritas, como luego veremos (en el siguiente epígrafe).

En contra de tal interpretación, casi unánime en el foro, se mostraba, sin embargo, la SAP de Madrid de 12 junio 2021.

Se trataba en ella de un estatuto donde se decía que «los pisos deberán destinarse a viviendas u oficio de profesiones liberales o industriales ya establecidas. En ningún caso podrán dedicarse los pisos a Colegio, Fonda, Pensión, Clínica para hospitalización de enfermos de cualquier clase y a fines vedados por la matal (*sic*) o la Ley, a industria o depósitos que atenten a la comodidad o higiene de los demás condueños o a la seguridad o integridad de la finca», resolviendo la cuestión del siguiente modo: «Esencialmente interpretando esta norma privada la sentencia de primera instancia concluye que la actividad controvertida es equiparable a la industria de hospedaje desarrollada por pensiones, que se encuentra expresamente prohibida, criterio que este tribunal no comparte. (...) Debe-

mos partir de que la propiedad privada se encuentra constitucionalmente protegida y, por ello, sus limitaciones deben interpretarse restrictivamente... Teniendo en cuenta dicha doctrina y partiendo de que la literalidad de los estatutos comunitarios en cuanto aquí interesa prohíben que las viviendas se dediquen a fonda o pensión, pero no establecen de forma precisa y expresa la prohibición de destino a la actividad de alojamiento turístico, consideramos que la misma no puede entenderse comprendida dentro del ámbito de las limitaciones de su art. 5. No estamos ante una actividad hotelera propiamente dicha y si bien el destino a uso turístico presenta diferencias con los arrendamientos que tienen como finalidad satisfacer la necesidad permanente de vivienda en cuanto falta esa nota de estabilidad, la cesión del uso del inmueble siquiera de duración más o menos prolongada, por períodos más breves, no deja de ser residencial y constituye un arrendamiento que hoy se regula en el art. 5.e) de la LAU, debiendo distinguirse en todo caso entre la actividad de arrendamiento del uso que se da a la vivienda arrendada, lo que lleva a examinar si ello puede determinar actividad molesta, insalubre, nociva, peligrosas o ilícita en el sentido del art. 7.2.1.^º inciso final de la LPH».

Fue, no obstante, dicha sentencia recurrida en casación ante el Tribunal Supremo para que éste, finalmente, reiterando su criterio en dos sentencias consecutivas, acogiera, ya como estricta jurisprudencia (la de los arts. 1.6 CC y 477 LEC), la doctrina mayoritaria, casi unánime, que había venido siendo defendida por las Audiencias Provinciales de casi toda España. Veámoslo, a continuación, con más detalle.

3.2 Y su convalidación por el Tribunal Supremo

El primero de tales pronunciamientos fue el de la STS de 29 enero 2024, para enmendar la solución adoptada por la SAP de Madrid de 12 junio 2022, contraria esta –la única, recuérdese– a subsumir las viviendas de uso turístico como actividad de hospedaje, prohibida expresa y claramente en los estatutos (bajo la denominación de «fonda –o– pensión»). Aquella STS, tras recordar –y reproducir– la anterior de 29 noviembre 2023 (antes vista), en la consabida exigencia de que las limitaciones y prohibiciones estatutarias de una comunidad de vecinos sean expresas, precisas y claras, y de que su interpretación, en caso de duda, debe ser necesariamente restrictiva (de tal limitación, y favorable a la presunta libertad del dominio), dirá (en el punto 3 de su Fundamento de

Derecho 3.º): «La configuración de la vivienda de uso turístico como una modalidad de alojamiento turístico cuya finalidades destinarla a la prestación del servicio de alojamiento bajo el principio de unidad de explotación, mediante precio, de forma profesional y sin carácter de residencia permanente para los usuarios, pone de manifiesto que el piso de la recurrida no está destinado a servir de habitación, morada o residencia habitual de las personas, sino a recibir huéspedes y darles alojamiento ocasional mediante precio. (...) Por lo tanto, no se puede afirmar que dicho piso esté destinado a vivienda y no dedicado a pensión, tal y como exige el mencionado artículo estatutario, ya que, entendidas estas palabras conforme a lo que resulta del diccionario de la lengua española de la RAE, la vivienda es el lugar en el que se habita, se vive, o se mora, es decir, el lugar en el que se reside habitualmente, mientras que la pensión es el lugar en el que se reciben huéspedes mediante precio convenido. Y disfrutar de una estancia en una vivienda turística no es, propiamente, tener una vivienda, es decir, una residencia habitual en la que se vive se habita o se mora, sino estar en una vivienda, de forma ocasional, hospedado o alojado a cambio de un precio»; concluyendo, así, que «la inclusión de la actividad turística en la prohibición estatutaria es perfectamente coherente con su letra y espíritu, ya que es claro que la contraposición entre la vivienda y la pensión como destinos de los pisos debido y prohibido, respectivamente, refleja una diferencia de fines expresiva de la voluntad comunitaria de que aquellos se dediquen a la residencia habitual o permanente de personas y no al simple hospedaje o alojamiento mediante la ocasional estancia de estas a cambio de precio».

Lo propio hará, justo un día después de aquella, la STS de 30 enero 2024, confirmando el criterio mantenido por la SAP de Bilbao de 11 noviembre 2021, recurrida en casación, al incluir los alquileres turísticos en las «hospederías» que la cláusula estatutaria del caso declaraba proscritas en las viviendas de la comunidad; añadiendo el TS, a lo argumentado por la SAP, que «las viviendas y las habitaciones de viviendas particulares para uso turístico son empresas turísticas de alojamiento... son sinónimos de hospedería, como acción o efecto de hospedar a alguien, el «alojamiento, acogida, hospedaje, albergue, hospicio», según la misma fuente de la RAE –y– en definitiva, ... una actividad abierta al público, anunciada en plataformas publicitarias, cuya esencia radica en satisfacer las necesidades de alojamiento transitorio inherentes a la actividad de turismo, que no constituye, desde luego, ese uso permanente y habitual al que se refiere la norma estatutaria, y que guarda identidad de razón con la prohibición establecida de desti-

nar los pisos a hospedería, por lo que concluir que está vedada la posibilidad de utilizarlos con destino turístico no conforma una interpretación arbitraria, ni prohibir dicho uso constituye un abuso de derecho».

Añádase (por nuestra parte), una vez más y para cualquiera de los casos tomados del foro, que se trata de cláusulas estatutarias aprobadas por unanimidad cuando aún no regía el actual art. 17.12 LPH, y añádase, también, que si para el propio legislador así como para la propia doctrina no resulta claro precisar hoy la naturaleza jurídica del alquiler turístico (más como arriendo de cosas que como hospedaje, también de servicios, o a la inversa)¹⁸, ni siquiera en su propia terminología (que si vivienda o apartamento de uso, o de fin turístico, o vacacional...¹⁹), menos rigor o exactitud puede exigirse a una comunidad de vecinos (por mucho asesoramiento jurídico que tenga).

Pero junto a todo lo dicho, hay, creemos, una razón común en todas las hipótesis hasta aquí vistas, que justifica la prohibición absoluta de tales alquileres turísticos, más allá de que se trate, o no, de estrictas actividades económicas, de hospedajes y no residenciales, y que, de raíz, también justifica que tales actividades puedan ser limitadas o prohibidas en los estatutos de cualquier comunidad de vecinos, se trate o no de alquileres turísticos, o de cualquier otra actividad empresarial o vacacional. Veámoslo.

IV. CAUSA COMÚN EN TODAS LAS PROHIBICIONES ESTATUTARIAS: LA EVITACIÓN DE ACTIVIDADES POTENCIALMENTE MOLESTAS Y ABUSIVAS

No cabe negar, desde luego, la diferencia cualitativa que entre los alquileres de vivienda y los turísticos hay, lo que, no en vano, justifica la exclusión de estos de la normativa específica que es la propia de aquellos (según dice el art. 5.1.e] LAU, y explica la STS de 29 noviembre 2023, según acabamos de ver). Lo mismo cabe decir, aunque *a contrario sensu*, de la innegable similitud existente

¹⁸ Por todos, SÁNCHEZ JORDÁN, 2018, pp. 147 ss. Idéntico problema, acerca de su naturaleza jurídica y su posible prohibición estatutaria, suscitan los llamados alquileres por habitaciones, cuyo estudio, no obstante, excede del que es propio de este comentario jurisprudencial nuestro (aunque pueden verse, vgr., las recientes SSAP de Madrid de 20 febrero 2018 y 16 junio 2021 que, estimando tales alquileres como de vivienda –no como hospedajes– consideraron que no estaban incluidos en la cláusula estatutaria que exigía el destino de los elementos privativos de la comunidad para vivienda, prohibiendo tan solo los hospedajes).

¹⁹ Como demuestra la diversa nomenclatura empleada en las diversas leyes autonómicas; por todos, MURGA FERNÁNDEZ, 2019, pp. 2224 y 2225.

entre las viviendas de uso turístico y los alojamientos destinados a hospedaje.

Pero tampoco cabe negar que aquella diferencia lo es para el diferente alcance que en el uso del piso hace el inquilino en uno y otro tipo de arriendos, porque para el dueño arrendador tal diferencia es irrelevante, por cuanto para él en todo caso, se trate de alquileres turísticos, de viviendas, de locales de negocio o cualquier otro, como los propios de hospedaje y pensión, la causa de su arrendamiento es la obtención de la renta, lo que, sin duda también, constituye un provecho y una actividad económica, con independencia de que sea un arrendador profesional u ocasional.

Con ello, no defiendo, ni insinúo siquiera, que entre las actividades económicas, comerciales o empresariales que se puedan prohibir en los estatutos de una comunidad de vecinos haya de incluirse también el arrendamiento de vivienda; ni siquiera admitiría tal cosa aunque expresa y claramente se excluyera o prohibiera tal arriendo en una cláusula estatutaria. Se estaría ante un acuerdo nulo por contrario a la libertad de empresa que consagra el art. 38 de nuestra Constitución, y, sobre todo, por no responder a ninguna función social de la propiedad privada, según previene el art. 33 CE, que justificara aquella limitación en su ejercicio. Por eso, tampoco entiendo que la prohibición estatutaria de actividades económicas, empresariales o profesionales, alcance a toda actividad que así se desempeñe en un piso o local de cualquier comunidad de vecinos, si no es por una causa, en particular, que justifique tal límite en el ejercicio de aquellas libertades y derechos fundamentales (de los arts. 33 y 38 CE). Una causa particular que, precisamente, es la misma que justifica la licitud de cualquier prohibición estatutaria de hospedajes, pensiones, alquileres turísticos o de cualquier otra actividad que no sea la estricta de residencia o vivienda (según hemos visto se admite en todas las hipotéticas cláusulas estatutarias admitidas por nuestro Tribunal Supremo).

En efecto, como explicaba yo mismo en otro trabajo anterior al citado²⁰, de toda aquella jurisprudencia antes recordada, referida a las limitaciones de la propiedad privada en tema de pisos turísticos, fue la STSJ de Cataluña de 19 mayo 2016, la que, apropiadamente, comenzó recordando que según la propia jurisprudencia del TC (SSTC 301/1993, de 21 octubre, y 28/1999, de 8 marzo) las restricciones, legales o estatutarias, al derecho de goce de los pisos en las comunidades de vecinos no es, de suyo, inconstitucional, no es, en

²⁰ Fue en el núm. 1, enero-febrero, de 2018 de la *Revista de Derecho Privado*, con el título: «Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho», pp. 53-88.

particular, de antemano contraria el art. 33 CE, siempre que –no se olvide este dato, en lo que venimos precisando– tales limitaciones obedezcan a la función social a que el propio art. 33.1 CE somete la propiedad privada. Insistirá en ello, refiriéndose ya al tema de los pisos turísticos, la STSJ de Cataluña de 13 septiembre 2018.

Efectivamente, así lo advertían aquellas SSTC 301/1993, de 21 octubre –donde se abordaba la constitucionalidad de la sanción contenida en el art. 19.1 LPH– y la STC 28/1999, de 8 marzo –que hacía lo propio sobre la sanción contenida en el art. 7 LPH, sobre cese por actividades molestas...–. Y ya decía la primera que la propiedad horizontal «es un tipo de propiedad, en el que la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares». Lo que, por tanto, legitima cualquier limitación o prohibición, legal o estatutaria, es el interés común o general de la comunidad y que este sea prevalente sobre el interés individual de cada vecino. Así lo recuerdan, refiriéndose al tema de los pisos turísticos, las SSAP de Barcelona de 20 octubre 2011 y 21 mayo 2015, aunque con resultados en cada caso dispares, pues en el primero, la comunidad, sin prohibir en general aquel destino, acordó en estatutos evitar el uso de algunas instalaciones comunes, como piscina y gimnasio, exigiendo la identificación con huella digital y de que en caso de inquilinos estos fueran acompañados del dueño²¹.

Y así lo ha refrendado, más recientemente, la STSJ de Galicia (–aunque– de la Sala de lo Contencioso Administrativo), de 15 noviembre 2017²², y siguiéndola fielmente la de 14 febrero 2018, legitimando la normativa gallega que solo concede licencias turísticas en tanto se acredite que tal actividad no esté prohibida en los estatutos de la comunidad de propietarios (como, por lo demás, suele exigir la mayoría de las normas autonómicas habidas sobre la cuestión²³). Dirá, en particular, aquella sentencia (en su Fundamen-

²¹ Este párrafo que ahora traigo al texto se contenía en mi anterior trabajo en una nota a pie de página, pero que, dada la importancia del asunto, he considerado más oportuno en esta ocasión destacar.

²² Para cuyo contenido y un comentario completo a la misma me remito a MARTÍNEZ NADAL, 2020, pp. 54-57.

²³ Así, por ejemplo, en Canarias, dirá el art. 12.2 de su Decreto 113/2015, de 22 mayo, por el que se regula el Reglamento de viviendas vacacionales, que «Cuando se trate de viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal, solo podrán comercializarse como viviendas vacacionales aquellas en las que expresamente no se prohíba dicha actividad por los estatutos de la comunidad de propietarios». En Aragón, el art. 14.2 de su Decreto 80/2015, de 5 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas de uso turístico, cuando dice: «La declaración responsable contendrá, como mínimo, lo siguiente: ... f) En el caso de viviendas ubicadas en los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, declaración responsable acerca de que los estatutos de

to 14.º), que «en estos casos resulta evidente que el interés general demanda que el destino turístico de los pisos no perjudique ni el interés que la ordenación sectorial de los usos comporta ni incomoden a los propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal que hayan adoptado el acuerdo correspondiente. (...) Son medidas que tratan de hacer compatible el ejercicio de la actividad con el descanso de los vecinos, que también resulta un interés merecedor de protección».

Es esto último lo que, precisamente, terminaba diciendo, con grande acierto, la primera de las SSTS que venimos comentando, la STS de 27 noviembre 2023: «... todo ello con la finalidad pretendida de distinguir los usos empresariales de los meramente residenciales, con evitación de las molestias derivadas del trasiego de personas y cosas», justificando, con esta última precisión, dirigida a la evitación de potenciales molestias, aquella cláusula estatutaria prohibitiva, que lo es no de cualquier actividad empresarial o económica, sino de aquella que sea potencialmente perturbadora de la convivencia vecinal, lo que, según venimos diciendo, justifica que la función social de la propiedad, como en nuestro caso es el interés general de la comunidad de vecinos, se anteponga no solo a la propiedad privada, sino también a la libertad de empresa (cfr., arts. 33 y 38 CE).

En efecto, con tal prohibición se estaría tomando una medida preventiva a fin de evitar que los pisos turísticos generen actividades molestas que el art. 7.2 LPH prohíbe expresamente, no tanto por lo que los inquilinos o huéspedes hacen dentro del piso, sino por lo que hacen con los elementos comunes del inmueble; molestias tales como daños en las escaleras y en los ascensores, así como ruidos por fiestas, bullicios, salidas y entradas intempestivas en el inmueble, defecaciones, preservativos, vómitos, botellas y demás basura arrojados en los elementos comunes (portal, escaleras,

la comunidad de propietarios no prohíben ni establecen restricciones del uso del inmueble al destino de vivienda de uso turístico». Así también en Cataluña, cuyo Decreto 159/2012, de 20 noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico, disponía en su art. 68.6: «El destino de una vivienda al uso turístico no es posible si ... está prohibida por los estatutos de la comunidad debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal». En Galicia, el art. 41.5 de su Decreto 12/2017, de 26 de enero, de ordenación de apartamentos y viviendas turísticas, siguiendo a la norma catalana, dice: «El destino como vivienda de uso turístico no es posible si está prohibido ... por los estatutos de la comunidad debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal». O en La Rioja, cuyo art. 67.1 del Decreto 10/2017, de 17 marzo, General de Turismo, dice: «No podrá destinarse una vivienda para un uso turístico cuando, en su caso, estuviera prohibido por los estatutos de la comunidad de propietarios».

ascensor,...), según puede verse en los casos llegados a los tribunales²⁴; todo lo cual genera gastos de reparación y de limpieza extra²⁵.

No se trataría, por tanto, de prohibir el alquiler turístico (o de la clase que sea) sin más, ni simplemente por ser una actividad económica o empresarial, ni siquiera por no destinarse estrictamente a vivienda o uso residencial, sino de hacerlo en evitación de potenciales²⁶ molestias para la comunidad, concretando así esa posible molestia, tan genéricamente mencionada por el art. 7.2 LPH²⁷, y evitando así la necesidad de su prueba, bastando con acreditar que con el desarrollo de aquella actividad turística se ha infringido una cláusula estatutaria que, precisamente, la prohibía²⁸.

Junto a la razón apuntada (como es la evitación de potenciales molestias), hay otra que justificaría también la prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos (o de cualquier otra actividad empresarial, comercial, o de hospedería), como es el posible «uso excesivo» en los elementos comunes provocado por el destino –en nuestro caso– turístico, *ex arts.* 7.2 CC y LPH.

²⁴ Así puede verse, entre otras muchas, en las SSAP de Valencia de 6 febrero 2017, o en las de Barcelona de 11 marzo 2010, 12 julio 2011, o de 9 octubre 2015, ... O en las SSTSJ de Cataluña de 20 febrero 2012 y 19 mayo 2016.

²⁵ Según datos de Exceltur-2015, que aquí tomamos de GUILLÉN NAVARRO, 2015, ap. IX.

²⁶ Obsérvese que, como siempre he dicho, se trata de actividades potencialmente molestas, no que lo sean *a priori*, como en cambio ha creído parte de la doctrina para negar que, en efecto, no siempre sean molestas (por todos, sobre tal negación de la actividad turística como apriorísticamente molesta, MURGA FERNÁNDEZ, 2019, pp. 2236 ss).

²⁷ Según se requiere, en general, y nos recuerda ÁLVAREZ OLALLA, en los *Comentarios a la LPH cit.*, dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano, 2020, pp. 834 y 835.

²⁸ Esta, precisamente, fue, en su momento, la justificación contenida en el art. 50.7 de la Ley balear, cuando decía: «No se pueden presentar declaraciones responsables para comercializar turísticamente viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal si lo impiden el título constitutivo o los estatutos de la comunidad de propietarios». Y así lo justifica en su Exposición de Motivos: «... es cierto que el artículo 33 de la Constitución reconoce, en la sección de los derechos y deberes de la ciudadanía, el derecho a la propiedad privada, lo cual se podría considerar que concede el derecho a cualquier uso del inmueble, pero también es cierto que el derecho a la propiedad privada nace delimitado por su función social. Por ello, no tan solo diferentes configuraciones legales que tengan que ver con el urbanismo, la ordenación del territorio, el medio ambiente, etc., pueden limitar el derecho de propiedad, sino que también las relaciones de vecindad (como las comunidades de propietarios) pueden limitarlo por razones diversas. Estas razones pueden afectar incluso a derechos constitucionales fundamentales, tales como el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la seguridad de los residentes habituales o el derecho al medio ambiente adecuado. En este sentido, se tiene que tener en cuenta que las personas usuarias de estancias turísticas irán cambiando cada pocos días o semanas; que tendrán acceso a zonas comunes y harán uso de ellas; que sus usos y dinámica horaria podrían no coincidir con los de los residentes habituales, etc. Vistos estos efectos directos sobre el vecindario residente ... se impone la necesidad de que los poderes públicos procuren, mediante una intervención delimitadora general, no solo intentar reforzar el deber de vigilancia o control de los comercializadores respecto de la clientela e impedir que se produzcan molestias», termina, precisamente, diciendo. La lógica aplastante de tal explicación es, sin duda, extensible a todo el territorio nacional al amparo de los arts. 33 CE y 7.2 LPH.

Precisamente, así sucedió en el caso particular sobre pisos turísticos resuelto por la STS de 27 de noviembre de 2008 (antes citada). Tratándose en aquel caso de dos empresas hoteleras que arrendaban para alojamiento turístico 18 pisos del edificio, el TS aceptará del razonamiento de la AP recurrida (la SAP de Barcelona de 8 octubre 2003), tanto que, en abstracto, el alquiler turístico no es por sí mismo una actividad molesta, como que, sin embargo, en aquel caso «el uso excesivo de las instalaciones comunes, para el que no está preparada la finca, –resultaba– inherente a la propia explotación». No en vano, en tal STS de 2008 se apoyarán las SSAP de Barcelona de 11 marzo 2010 y de 9 octubre 2015, para decir, como si de algo consabido se tratara, lo siguiente: «Es constante la jurisprudencia que proclama la cesación de los apartamentos turísticos, porque no se trata de que un local o una vivienda cambien de destino, sino de la inserción de una explotación hotelera en una parte considerable de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado, «uso excesivo» de las instalaciones comunes, para el que no está preparada la finca, y que no es sino el reflejo de una de las consecuencias ineludibles de la explotación industrial (STS de 22/11/2008)».

Más determinante, aunque anterior a la citada (cuando el de los pisos turísticos no era aún un problema), fue la STS de 23 noviembre 1995: en ella el pleito giraba en torno a dos pisos de alquiler turístico dispuestos por un matrimonio, quienes habían sido ellos mismos los promotores del edificio y habían realizado ellos mismos obras de reforma en tales pisos convirtiendo cocinas y salones en dormitorios. Y sentenciaba así el TS: «En consecuencia, se considera que los demandados han actuado incurriendo en una situación de abuso de derecho, puesto que esto en sí ya supone la abusiva implantación hotelera realizada por los mismos que, se encuadra sin necesidad de prueba concreta en la prohibición que establece el art. 7 párr. 3.^º de la LPH –hoy, art. 7.2 LPH–, que impide a todo propietario desarrollar en el piso actividades no permitidas por los estatutos o incómodas para la finca, pues cabe presumir la consecuencia dañosa de la incomodidad para el resto de comuneros»; daños, además, que en el caso se produjeron efectivamente, y así fueron acreditados, como el desorden de horarios de entrada y salida de huéspedes, el uso intensivo de luces y ascensor,...

A la vista de toda esta casuística y jurisprudencia, ¿no será que la actividad de alojamiento turístico, o cualquiera de hospedería no estrictamente residencial, es también potencialmente molesta por abusiva en el uso de los elementos comunes, o desproporcionada respecto de la cuota que permite el uso de tales elementos en contra

de lo que exigen el art. 9.1 LPH, en sus letras a) y g), y de modo similar, para el Derecho catalán, el art. 553-42.1 CCCat?

Si el año tiene 52 semanas, el potencial de clientes-huéspedes en cualquier piso turístico es enorme. Y salvo casos aislados en que el acceso y uso del piso apenas implique la utilización de los elementos comunes (por ejemplo, por tener dicho piso o local acceso independiente a la vía pública o muy cercana a tal salida), piénsese en el trasiego de personas con maletas, a veces a deshoras y con errores de llamadas en los timbres de acceso, utilizando las escaleras, el ascensor, la azotea, ... Pero piénsese también en el uso de instalaciones de recreo, de ocio o deportivas (como piscinas o saunas, pistas de tenis o pádel, ...), que, sin duda, el vecino-anfitrión tendrá muy en cuenta para fijar el precio del alquiler turístico (según advertía, con alcance general, la SAP de Valencia de 20 noviembre de 2013, al hablar de «los consustanciales inconvenientes que puede suponer para el normal desarrollo de la vida comunitaria el continuo trasiego de personas con empleo de elementos comunes. Y ... que en todo caso se aprovecha la infraestructura de la comunidad para la realización de una actividad lucrativa de explotación con fines hoteleros»). ¿Habría, pues, en tales casos, tan habituales, proporcionalidad entre el derecho de uso que el dueño del piso turístico tiene sobre los elementos comunes y el potencial uso efectivo que de ellos hagan los numerosos clientes-huéspedes? ¿Acaso no habría, más bien, desproporción, uso excesivo de los mismos, y, por consiguiente, un claro abuso de derecho, según el art. 7.2 CC?

Así lo entiende, y justificaba en su Exposición de Motivos, la normativa balear no hace mucho modificada para introducir importantes restricciones en los apartamentos turísticos, cuando dice: «... es cierto que el artículo 33 de la Constitución reconoce, en la sección de los derechos y deberes de la ciudadanía, el derecho a la propiedad privada, lo cual se podría considerar que concede el derecho a cualquier uso del inmueble, pero también es cierto que el derecho a la propiedad privada nace delimitado por su función social. Por ello, ... también las relaciones de vecindad (como las comunidades de propietarios) pueden limitarlo por razones diversas... En este sentido, se tiene que tener en cuenta que las personas usuarias de estancias turísticas irán cambiando cada pocos días o semanas; que tendrán acceso a zonas comunes y harán uso de ellas; que sus usos y dinámica horaria podrían no coincidir con los de los residentes habituales, etc.».

Pues observada, de antemano, la ubicación de cada piso o local en cuestión y la entidad de los elementos comunes, puede presu-

mirse un uso abusivo de tales instalaciones comunes, lo que, sin duda, supone un ejercicio antisocial, contrario al interés general de la comunidad de vecinos. Todo lo cual justificaría su prohibición por acuerdo en una comunidad de vecinos, y no solo por el hecho de ser una actividad económica, empresarial o profesional, o por ser similar a la de hospedaje o por no ser estrictamente residencial lo que se prohíba estatutariamente en dicha comunidad. Lo que *mutatais mutandis* cabe predicar, y exigir, de cualquier actividad en el uso del piso proscrita o limitada por la comunidad de vecinos a fin de que tal prohibición o limitación esté plenamente justificada, como expresión de la función social de la propiedad que limita el ejercicio de la propiedad privada y de la libertad de empresa.

BIBLIOGRAFÍA²⁹

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 6.^a ed., Madrid, 2020.
- BERENGUER ALBALADEJO, María del Carmen: «Acuerdos comunitarios para regular el ejercicio del arrendamiento turístico de vivienda: exégesis del art. 17.12 LPH», en *El alojamiento colaborativo. Problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, C. López Sánchez (coord.), Madrid, 2021, pp. 153-219.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero, 2018, pp. 53-88.
- *Pisos turísticos y comunidades de vecinos (comentario al art. 17.12 LPH)*, dentro de la colección «Derecho del turismo», de la editorial REUS, con presentación de A. Fuentes-Lojo Rius y Prólogo de S. Díaz Alabart, Madrid, 2022.
- GARCÍA GARCÍA, José María: *La propiedad horizontal en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia*, Navarra, 2017.
- GARCÍA DE PABLOS, Félix: «Apartamentos turísticos y estatutos de las comunidades de vecinos», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 113, enero-febrero 2024.
- GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro: «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, núm. 45-46.
- MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia: *Alquiler turístico de viviendas de uso residencial y Derecho de la Competencia*, Navarra, 2020.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: *status quaestionis* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, 2019, pp. 2221-2276.
- SÁNCHEZ JORDÁN, Elena: «La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines», en *Viviendas de uso turístico*.

²⁹ Específica sobre el tema en este trabajo tratado.

tico: régimen civil, administrativo y fiscal, dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, Madrid, 2018.

VELA TORRES, Pedro José: «La prohibición en los estatutos comunitarios de la realización de actividad económica en las viviendas comprende su alquiler para uso turístico», en *Diario La Ley*, núm. 10456, de 28 febrero 2024.

JURISPRUDENCIA³⁰

- STSJ de Cataluña de 20 febrero 2012 (RJ 2012/10019).
SSTSJ de Cataluña 19 mayo 2016 (RJ 2016/2170 y 3653).
STSJ de Galicia de 15 noviembre 2017 (JUR 2017/295313).
STSJ de Galicia de 14 febrero 2018 (RJCA 2018/375).
STSJ de Cataluña de 13 septiembre 2018 (Roj STSJ CAT 5827/2018).
STSJ de Cataluña de 24 enero 2019 (RJ 2019/778).
SAP Baleares (Sección 5.^a) de 10 diciembre 2009 (Roj SAP IB 1605/2009).
SAP de Barcelona (Sección 17.^a) de 20 octubre 2011 (AC 2014/2152).
SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 21 mayo 2015 (JUR 2015/166000).
SAP de Barcelona (Sección 17.^a) de 9 octubre 2015 (AC 2016/24).
SAP de Guipúzcoa (Sección 2.^a) de 12 abril 2019 (Roj SAP SS 483/2019).
SAP de Bilbao (Sección 3.^a) de 11 noviembre 2021 (Roj: SAP BI 3110/2021).
SAP de Asturias (Sección 5.^a) de 3 febrero 2021 (Roj SAP O 159/2021).
SAP de Guipúzcoa (Sección 2.^a) de 4 junio 2021 (Roj SAP SS 1213/2021).
SAP de Madrid (Sección 21.^a) de 12 junio 2021 (Roj SAP M 9452/2021).
SAP de Barcelona (Sección 17.^a) de 8 julio 2021 (Roj SAP B 10080/2021).
SAP de Barcelona (Sección 17.^a) de 28 septiembre 2021 (Roj SAP B 10990/2021).
SAP de Cádiz (Sección 8.^a) de 26 octubre 2021 (Roj CA 2279/2021).
SAP Guipúzcoa (Sección 2.^a) de 20 junio 2022 (Roj SS 718/2022).
SAP de Cantabria (Sección 4.^a) de 23 noviembre 2022 (Roj S 1728/2022).
STS de 27 noviembre 2023 (Roj: STS 5197/2023) Pte.: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.
STS de 29 noviembre 2023 (Roj: STS 5199/2023) Pte.: Excm. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán.
STS de 24 enero 2024 (Roj: STS 196/2024) Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.
STS de 29 enero 2024 (Roj: STS 315/2024) Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.
STS de 30 enero 2024 (Roj: STS 331/2024) Pte.: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

³⁰ Específica también sobre el tema en este trabajo tratado.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Académico senior. Universidad Carlos III de Madrid)**

Colaboran: **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), 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), Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN (Profesora permanente laboral. Universidad de Burgos), Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTA-NA NAVARRO (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), María ZABALLOS ZURILLA (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid).**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina de los actos propios.–El Tribunal Supremo consolida su jurisprudencia sobre la regla *tu quoque* como concreción de la doctrina de los actos propios, en virtud de la cual quien incurre en una determinada conducta antijurídica no puede reprochar a otro hacer lo mismo. Si ambas partes de un negocio lo incumplen desde el principio y de manera prolongada, pública y pacífica, se genera entre ellos la confianza de que luego ninguno pretenderá judicialmente su aplicación, siendo tal demanda contraria a los actos propios.

(STS 674/2023, de 5 de mayo; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—A y B celebraron en 2004 un acuerdo de socios para regular el funcionamiento del Consejo de Administración de varias sociedades limitadas que les pertenecían, estipulando las mayorías necesarias para determinados acuerdos. Pasados los años, A y C, que ostentaba el usufructo de participaciones en aquellas sociedades, acordaron modificar el sistema de administración, prescindiendo del Consejo de Administración y nombrándose a sí mismos administradores solidarios. En 2015, B demandó judicialmente la resolución del acuerdo de socios y la indemnización de los daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento de A.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó su demanda con apoyo en la doctrina de los actos propios, al considerar acreditado que el acuerdo no fue aplicado por ninguna de las partes durante más de una década, sino que ambos actuaban con independencia en sus tareas, aceptando tácitamente las gestiones del otro. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de B, corroborando la argumentación y apreciación de la prueba de la primera instancia. Consecuentemente, B procedió a recurrir dicha sentencia invocando dos motivos de casación: la incorrecta aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* y de la doctrina de los actos propios. Ambos motivos son desestimados, pues, según razona el Tribunal Supremo, la primera figura solo se analizó a modo de *obiter dicta* y no procede su discusión en casación, mientras que la doctrina de los actos propios, que opera como *ratio decidendi*, fue aplicada correctamente.

NOTA.—La regla *tu quoque* como límite al ejercicio de los derechos subjetivos conforme a la buena fe, también condensada a veces en la locución *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, es una regla consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La recogen y desarrollan, entre otras, las SSTS 104/1995, de 17 de febrero, 863/2010, de 27 de diciembre, y 120/2020, de 20 de febrero. (C. C. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor. Cesión de los datos de una persona física a una entidad de recobro para gestionar la reclamación de la deuda. Inexistencia de intromisión ilegítima, salvo que concurren circunstancias lesivas para la dignidad.—Es claro, con independencia de que el artículo 7.7 LOPDH (desde la modificación de su redacción por la DP 4.^a LO 10/1995, de 23 de noviembre) ya no mencione el requisito de la divulgación al que anteriormente aludía, que la cesión de los datos de una persona física a entidades de recobro con la sola y única finalidad de que puedan gestionar la reclamación de una deuda no constituye una intromisión ilegítima en el honor de la persona afectada, salvo que (como señalan las SSTS 452/2015,

de 16 de julio; y 615/2004, de 1 de julio, entre otras) las gestiones realizadas vayan acompañadas de circunstancias lesivas para la dignidad de la persona, al desplegarse actuaciones, hacer uso de medios o desarrollarse de tal modo que la lastimen menoscabando o perjudicando su honor, lo que en el presente caso no ha ocurrido al limitarse la entidad recurrida, a contratar empresas de reclamación de deudas que solamente se dirigieron al recurrente con tal finalidad y a través de comunicaciones escritas formalmente correctas. (**STS 809/2023 de 26 mayo**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—La actora interpuso una demanda de protección civil del derecho al honor contra una entidad bancaria por la cesión de sus datos personales a cuatro empresas de gestión de recobro de deudas y la consiguiente inclusión en registros de morosos. A su entender, dicha cesión de datos de impagos a las empresas de recobro junto con la indebida inclusión en el registro de morosos constituye una intromisión ilegítima de su derecho al honor, por lo que solicitó, con la demanda, el pago de una indemnización, más los intereses legales y las costas.

El Juzgado y la audiencia no apreciaron la demanda. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la actora al no apreciar daño al honor, al limitarse la entidad recurrida a contratar con empresas de reclamación de deudas que solamente se dirigieron al recurrente con tal finalidad y a través de comunicaciones escritas formalmente correctas. (*C. O. M.*)

3. Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.—En el presente caso el Tribunal Supremo estudia la colisión entre el derecho a la propia imagen de la demandante con el derecho a la información. Tras exponer la doctrina jurisprudencial que perfila los contornos del derecho a la propia imagen (SSTS 887/2021, de 21 de diciembre 593/2022, de 28 de julio, 788/2022, de 17 de noviembre y 250/2023, de 14 de febrero) y subrayar la importancia de la vinculación entre la información y la imagen que la acompaña (STS 697/2019, de 19 de diciembre) considera que la utilización no autorizada de fotos (visualizables en internet a través de distintos buscadores) de una funcionaria pública para ilustrar su supuesta implicación en las investigaciones judiciales llevadas a cabo por un delito de blanqueo de dinero, no guardan relación con los hechos delictivos, pero sí permiten su identificación. Además, las fotos no contienen información relevante sobre el elevado nivel de vida, objeto de información, con su correlativa conexión con el supuesto delito, pues son fotos de su vida estrictamente privada y de fechas anteriores notoriamente alejadas en el tiempo al momento en que los hechos objeto de información adquirieron relevancia pública, sobre las que no había dado su consentimiento. (**STS 1037/2023, de 27 de junio**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spielberg.]

HECHOS.—El proceso versa sobre la publicación, el 9 de octubre de 2019, en el diario «Periodista Digital», de una información relativa a la presunta implicación de la demandante Elsa en delitos de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico, con el titular: «Así es Elsa, la hija de un histórico del PSOE que acabó en el narco

pese a su sueldo público de 60.000 euros», con dicha información se incorporan sendas fotografías de la demandante sobre las que no ha dado su consentimiento, y que, según la demanda, se obtuvieron de la página de Facebook de su padre y de una tercera persona. La demanda se formula contra el medio Periodista Digital y su director.

El juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda declarando que las fotografías de la actora publicadas el pasado día 9 de octubre de 2019 en el diario «Periodista Digital» constituyen una intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen de Elsa y, condenando a los demandados a abonar solidariamente a la actora de la cantidad de 6.000 euros (no concede los 50.000 que pedía la demandante). Esta cantidad devengará los intereses legales del artículo 576 LEC. También les condena a retirar inmediatamente las fotografías de la actora del medio, así como de cualquier otro en el que hubiesen podido ubicar las fotografías objeto de esta litis, y a publicar, en la misma ubicación en la que en su día apareció las fotografías de la actora, el fallo de la presente sentencia omitiendo los datos personales de la misma, así como la fecha en la que se publicó las fotografías por la cual resultan condenados.

La Audiencia Provincial de Cádiz estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados y revoca la sentencia de la primera instancia desestimando íntegramente la demanda.

La parte actora interpuso recurso de infracción procesal y recurso de casación. El Alto Tribunal desestima el primero de ellos, pero estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que casa y deja sin efecto. También, estima en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que ratifica, con las salvedades de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a publicación de la sentencia condenatoria, y rebajar la condena impuesta a la suma de 4000 euros, todo ello sin imposición de las costas de segunda instancia. (M. Z. Z.)

4. Conflictos entre libertad de información y derecho al honor.—El Tribunal Supremo recuerda los criterios que deben ponderarse cuando entran en conflicto la libertad de información y el derecho al honor, con especial advertencia de que, si bien las personas jurídicas son titulares de este último derecho, su protección es menos intensa que en el caso de las personas físicas. En cuanto al requisito de veracidad, en particular, subraya que la misma debe predicarse de la noticia en los términos en que se publicó, sin que se admitan saltos lógicos para atribuirle un sentido distinto no veraz. (**STS 1044/2023, de 27 de junio;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 26 de julio y el 9 de agosto de 2020, la sociedad A publicó en su periódico sendas noticias de prensa sobre las actuaciones administrativas adoptadas para asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias acordadas a raíz de la pandemia de Covid-19. Ambas venían ilustradas con una fotografía de una intervención policial en un restaurante, cuyo logo se podía ver fácilmente. La sociedad B, titular de dicho establecimiento, interpuso demanda de

protección de su derecho fundamental al honor, argumentando que dicha imagen, junto con la noticia que la acompañaba, hacía parecer que el restaurante había sido sancionado por incumplir aquellas medidas, lo que no era cierto.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que la fama del establecimiento se había visto afectada y que la información no era veraz, siendo el error esencial del y no disculpable, por lo que estimó la demanda y condenó a la editorial a reparar la intromisión ilegítima y a indemnizar a la sociedad B los daños sufridos. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, a raíz del recurso de apelación de la sociedad A, si bien rebajó la cuantía de la indemnización. Finalmente, la sociedad A interpuso recurso de casación invocando una incorrecta ponderación de los derechos fundamentales en juego. El Tribunal Supremo estima su recurso, pues razona que del conjunto de las noticias y la fotografía solo se deduce que el restaurante fue objeto de un control policial, lo que es cierto, y no que fuera sancionado. (C. C. S.)

5. Colisión entre el derecho fundamental al honor y la libertad de expresión. Noción de derecho al honor.—El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal, entendida ésta como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, e impide la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente su descrédito.

El honor se ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Por su parte, la doctrina constitucional ha declarado que el honor constituye un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento; que el contenido del derecho al honor es lábil, fluido y cambiante; que este derecho protege frente a atentados en la reputación personal, entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella; y que el denominador común de todos los ataques o intromisiones legítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

Asimismo, el derecho al honor se ve afrentado sin duda cuando se atribuye a una persona conductas merecedoras del máximo reproche social, pues este derecho fundamental ampara la buena reputación de una persona protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o sean tenidas en el concepto público por afrentosas. En consecuencia, no cabe duda de que tal calificación merece la imputación a ciudadanos identificados de conductas punibles, trátese de infracciones administrativas, de irregularidades o, más destacadamente, cuando se trata de ilícitos penales.

Interpretación de la causa de inviolabilidad del artículo 71 CE.—La inviolabilidad de los parlamentarios se configura como un límite a la jurisdicción de carácter absoluto, en la medida en que impide exigir responsabilidad a los miembros de la cámaras, por las opiniones manifestadas y votos emitidos.

dos en el ejercicio de sus funciones; ahora bien, para que despliegue su manto protector, se requiere que se den los presupuestos fácticos y jurídicos que conforman dicha prerrogativa, que, desde luego, no comprende manifestaciones realizadas en condición de miembro del Gobierno.

La inviolabilidad de la que gozan los miembros de las asambleas legislativas por las opiniones y votos emitidos en su seno es reflejo de la que se garantiza al órgano al que pertenecen, siendo su finalidad la de asegurar el proceso de libre formación de la voluntad de la cámara en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, el nexo entre la prerrogativa y el ejercicio de las funciones parlamentarias es condición *sine qua non* para que opere la protección que aquella dispensa a los miembros de la cámara. En consecuencia, la prerrogativa decae cuando la cámara no actúa jurídicamente en el ejercicio de sus funciones, quedando entonces dicha actuación fuera de su ámbito de protección.

Interpretación del requisito referido a la necesidad de la identificación del afectado por manifestaciones susceptibles de vulnerar el derecho al honor.—Con carácter general, en los conflictos entre la libertad de expresión y de información y el derecho al honor y la intimidad, cabe apreciar la existencia de intromisión ilegítima siempre que la identificación del destinatario o el objeto de las expresiones resulte posible, siquiera para las personas de su círculo más próximo, por las referencias indirectas o las circunstancias concurrentes.

Elementos a tener en cuenta en el juicio de ponderación entre el derecho fundamental al honor y la libertad de expresión.—Se sobrepasan los límites tolerables de la libertad de expresión y se atenta contra el derecho al honor:

(i) Cuando las opiniones o juicios de valor (por definición, subjetivos y, como tales, al margen de la demostración fáctica) no versan sobre una cuestión de interés social o no gozan de una base fáctica suficiente sobre la que apoyar la opinión propia.

(ii) Se manifiesten a través de frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito.

(iii) En cualquier caso, las expresiones han de ser objetivamente injuriosas, tenidas en el concepto público como afrontosas, con el consiguiente descrédito o menosprecio para el demandante; puesto que la libertad de expresión no implica un derecho al insulto.

Desde esta perspectiva, prima el derecho al honor cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito.

Asimismo, en la ponderación necesaria para decidir sobre la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión, es relevante el dato de si las manifestaciones realizadas se han pronunciado en el curso de una intervención oral; o si, por el contrario, han sido vertidas con el sosiego y la meditación que es presumible en quien redacta un texto escrito que se destina a su publicación, lectura o conocimiento de terceros.

Consecuencias derivadas de la vulneración del derecho al honor.—Dada la presunción *iuris et de iure* de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso.

Se trata, por tanto, de una valoración estimativa que, en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental, ha de atender a los parámetros previstos en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que, en cada caso, tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio. En cualquier caso, no es el sueldo o ingresos del demandado lo determinante de la indemnización, sino el daño moral efectivamente sufrido por el actor. (**STS 910/2023, de 8 de septiembre;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Luis tiene un hijo en común con Celsa. En cinco ocasiones fue denunciado por Celsa por haber abusado sexualmente de su hijo, dando lugar a los correspondientes procedimientos judiciales, todos ellos archivados en fase de instrucción. A resultas de estos hechos, desde 2022 Celsa está siendo investigada como presunta autora de un delito de denuncia falsa.

Ante el incumplimiento por parte de Celsa del régimen de visitas fijado judicialmente, por auto judicial de 2017 se atribuyó al demandante la custodia del hijo menor, con fijación de un régimen de visitas a favor de la madre.

En 2020, Celsa fue condenada, por ocultarse con su hijo y sus traerse a la acción de la justicia, como autora de un delito de sustracción de menores.

El Gobierno concedió un indulto parcial a Celsa, «por razones de equidad y justicia» a propuesta de la Ministra de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros.

En la inauguración de la nueva sede del Instituto de las Mujeres, el día 25 de mayo de 2022, la Ministra de Igualdad pronunció las palabras siguientes:

«Hoy es un día importante y, por eso, creo que es de justicia, nunca mejor dicho, empezar celebrando ese indulto parcial que le hemos concedido a Celsa y la voluntad de este Gobierno, cada vez más firme, para proteger a todas las madres protectoras [...]. Como sabéis las madres protectoras sufren injustamente y, en muchos casos, suponiendo una vulneración de muchos de sus derechos, la criminalización y la sospecha por parte de la sociedad, cuando lo que están haciendo no es otra cosa que defenderse a sí mismas y defender a sus hijos e hijas frente a la violencia machista de los maltratadores.

En este caso, le debíamos ese indulto parcial a Celsa y creo que es otra nueva victoria de las feministas, porque cuando en este país ninguna institución y ninguna política pública respaldaba a las madres protectoras sí que había mujeres, pocas, cada vez más, defendiendo con pancartas, con su mano tendida, con su apoyo, con sus asociaciones feministas, poniendo dinero de su bolsillo, poniendo el cuerpo, exponiéndose a la criminalización, para decir: «no estás sola, yo sí te creo, y vamos a caminar juntas hasta que las instituciones protejan de forma efectiva a todas esas madres que se están defendiendo a sí mismas y también a sus hijos e hijas frente a la violencia machista». Así que enhorabuena colectiva porque ese indulto por supuesto que es victoria de Celsa, pero también es una victoria de todo el movimiento feminista. Y aquí está este Gobierno

de coalición feminista para saldar esa deuda que las instituciones tenemos con las madres protectoras».

Luis interpone demanda de protección civil del derecho al honor ante el Tribunal Supremo, contra la Ministra de Igualdad, como consecuencia de la publicación por parte de esta de un tweet, en el que comparte el vídeo del transscrito discurso.

La demanda es estimada por la Sala Primera del Tribunal Supremo por los siguientes motivos:

i) la identificación del actor, si bien no se hizo por su nombre y apellidos, no puede negarse, en su condición de pareja de la indultada y padre biológico de su hijo, lo que tuvo incluso repercusión previa en los medios de comunicación social, por la trascendencia de la noticia, atribución de la custodia al padre, condena de Celsa y proceso de concesión del indulto.

ii) las expresiones proferidas, afectantes al demandante, carecen de toda base fáctica, en tanto en cuanto se han archivado las distintas denuncias penales que se plantearon contra su persona.

iii) además del archivo de las causas penales por abusos sexuales, las palabras pronunciadas por la demandada son contrarias al derecho del demandante a ser tratado con la consideración que merece quien no ha sido declarado responsable por acto alguno constitutivo de violencia de género o doméstica.

iv) las palabras pronunciadas han sido debidamente preparadas, no son fruto de la precipitación o inmediatez propias de la contestación a una pregunta que no admite demora, y, además, son incorporadas a una página de una red social de la que es titular la Ministra.

v) las palabras proferidas contaron con un importante eco mediático y abrieron una polémica pública, al ser pronunciadas por una ministra del Gobierno de España, en un acto propio del ministerio que dirige, en la gestión de los intereses de la ciudadanía. Además, sus palabras se publicaron en la cuenta de su red social Twitter. (T. R. C.)

6. La libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa.—El Tribunal Supremo argumenta que la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión que se produce en el contexto de los procedimientos sancionadores constituye un «supuesto atípico», en la medida en la que no se desarrolla en un medio periodístico ni entorno público. En este contexto, junto a los mencionados derechos fundamentales se encuentra también el derecho fundamental a la defensa del artículo 24 CE (STS 144/2011, de 3 de marzo).

Es doctrina consolidada que, en el ejercicio del derecho de defensa, la libertad de expresión posee una singular cualificación y es especialmente inmune a restricciones, con excepción de aquellas que derivan de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios y descalificaciones gratuitas ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa (SSTC 205/1994, de 4 de agosto; 157/1996, de 6 de noviembre; 226/2001, de 27 de diciembre y STS 1056/2008, de 5 de noviembre).

Límites de la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa. Proporcionalidad, conexión funcional y falta de difusión pública.—Para que las expresiones empleadas en un escrito judicial o sancionador

se encuentren amparadas por la libertad de expresión deben estar conectadas funcionalmente con el propósito de defender los derechos o intereses de la parte que las emplea. Además, deben ser proporcionales con esta finalidad, no quedando protegidas por este derecho las expresiones desmesuradas u objetivamente ofensivas. En este sentido, es doctrina del Tribunal Constitucional (STC 142/2020, de 19 de octubre) que, en el ejercicio del derecho de defensa, es admisible que las partes den muestra de una «mayor beligerancia en los argumentos», haciendo uso de apreciaciones con un alto grado de subjetividad, siempre que se encuentren conectadas con los hechos que se denuncian (STS 681/202, de 15 de diciembre).

Por último, el Tribunal Supremo afirma que la falta de publicidad de la queja es un factor determinante en la ponderación de estos derechos. Así, cuando un escrito de defensa se presenta en el marco de un procedimiento disciplinario o judicial y no es difundido públicamente, el impacto sobre el derecho al honor se reduce significativamente (STS 243/2018, de 24 de abril).

Archivo de la queja y vulneración del derecho al honor.—El archivo de una queja no implica que su presentación, *per se*, haya supuesto una intromisión ilegítima en el honor de la persona a la que se dirige. Es el contenido de los escritos el que debe ser analizado para determinar si esta vulneración existe o no. (STS 1058/2023, de 29 de junio; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Agapito interpuso demanda de juicio ordinario contra Gloria y Aureliano, para quienes había ejercido como letrado. Fundaba sus pretensiones en que los demandados habían presentado dos quejas ante el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) en las que se vertían expresiones injuriosas que atentaban contra su honor. Solicitaba que se retractaran de los calificativos vertidos en relación con su actuación profesional, así como una indemnización de 89.669,48 euros.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por no apreciar intromisión ilegítima en el derecho al honor de Agapito, sino ejercicio legítimo por parte de los demandados de la presentación de una queja. Agapito recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial, que confirmó esta decisión. Finalmente, el actor recurrió en casación alegando la infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la infracción de los artículos 18.1 y 20.1 CE. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (M. S. G.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. No es de aplicación la normativa de protección frente a las cláusulas abusivas cuando los prestatarios carecen de la condición de consumidores.—En el presente caso, ninguno de los demandantes, miembros de la misma familia, tenía la condición de consumidor cuando concertaron los distintos préstamos litigiosos, pues no dedicaron el capital obtenido a activida-

des de consumo, sino que los solicitaron para aplicarlos a actividades empresariales, o para obtener un rendimiento económico a través de una actividad a la que se dedicaban con habitualidad. En concreto, queda acreditado que el préstamo formalizado en escritura de fecha de 16 de julio de 2009, sobre cuyo destino únicamente consta en la escritura «finalidades diversas», era para aportar liquidez a una empresa propiedad del actor. Respecto del préstamo formalizado en escritura pública de 13 de septiembre de 2006, no se ha demostrado la realidad del destino que le atribuyeron los demandantes, pues no ha quedado acreditado que la finca a cuyo pago se aplicó el dinero de este préstamo hubiera sido adquirida con la finalidad de que el prestatario estableciera en la misma su domicilio con motivo de una separación en cierres, que no llegó a formalizarse. En lo que se refiere al préstamo formalizado en escritura de fecha 28 de febrero de 2008, el documento señala que no se trata de una rehabilitación de finca aislada. Así mismo, queda probado que el alquiler de viviendas era una actividad a la que se dedicaban habitualmente los demandantes, circunstancia que se infiere del hecho de que ninguno de ellos tenía su domicilio en las viviendas compradas o rehabilitadas con los préstamos, del reconocimiento por parte de los actores de la explotación en alquiler de varios pisos y de la situación de alquiler de las fincas hipotecadas en las escrituras de 2006 y 2008 cuando se celebró el juicio. Por tanto, acreditado el destino mercantil del préstamo formalizado en escritura de fecha 16 de julio de 2009, la aplicación a la adquisición o rehabilitación de fincas para posterior alquiler de los préstamos documentados en las escrituras de 13 de septiembre de 2006 y 28 de febrero de 2008, y también que el alquiler de fincas es una actividad a la que se dedicaban habitualmente los demandantes, ninguna de las operaciones encuentra cobertura en la legislación de consumidores y usuarios. En consecuencia, la exclusión de la cualidad de consumidores en los demandantes hace improcedente la realización de los controles de transparencia y abusividad pretendidos en la demanda. (**STS 1110/2023, de 7 de julio;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El día 13 de septiembre de 2006, Margarita y Ramón concertaron con BBVA un contrato de préstamo hipotecario, por importe de 56.600 euros, para financiar la adquisición de una vivienda. El 28 de febrero de 2008, Pio, casado con Margarita, concertó con BBVA un crédito con límite de 165.000 euros para financiar la rehabilitación de una finca, así como para dotar al acreedor de una línea de crédito para futuras financiaciones. El día 16 de julio de 2009, Pio concertó con BBVA un contrato de préstamo hipotecario, por importe de 20.000 euros. El tipo de interés de estos tres préstamos era variable y todos contenían una cláusula suelo.

Los prestatarios formularon demanda contra BBVA, en la que solicitaban la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en los contratos reseñados y la condena a BBVA a devolver las cantidades abonadas en exceso en aplicación de las cláusulas suelo, con los intereses legales desde la fecha de pago.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, la cual fue recurrida en apelación por BBVA.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda.

Contra la sentencia de apelación, los demandantes interponen un recurso de casación, el cual es desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

8. El carácter receptivo del requerimiento previo de pago no exige la fehaciencia de su recepción.—La doctrina del Tribunal Supremo sobre el carácter receptivo del requerimiento previo de pago no exige la fehaciencia de su recepción, puesto que esta se puede considerar fijada a través de presunciones, siempre que exista garantía o constancia razonable de ella. Es lo que sucede en el presente caso, puesto que en ningún momento se ha negado que el domicilio de la demandante coincidiera con la dirección de destino indicada en la comunicación o argumentado que esta se hubiera malogrado por razones achacables al servicio postal de correos. Tampoco es reprobable el sistema de comunicación seguido por la demandada, que opera un número ingente de comunicaciones y que realiza un proceso postal integral. Asimismo, atendidas las circunstancias del caso, no puede equipararse el supuesto enjuiciado con otros en los que la comunicación fue remitida a una dirección postal de la que fue devuelta por ser el destinatario desconocido o donde anteriormente ya se había producido una devolución por la misma circunstancia, lo que sí cuestiona la garantía de la recepción. (STS 863/2023, de 5 de junio; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—Rosalía interpuso contra Cajamar una demanda, solicitando que se declarara que la demandada había cometido una intromisión ilegítima en su derecho al honor al comunicar y mantener sus datos inscritos en un fichero de solvencia patrimonial por una deuda inexistente y sin haber efectuado un requerimiento de pago previo.

Cajamar se opuso a la demanda alegando que la demandante era deudora de la entidad por descubierto en cuenta corriente e impago de préstamo; que se le había informado de la deuda existente y advertido de la inclusión de sus datos en los ficheros de incumplimiento de obligaciones dinerarias; que la entidad Experian Bureau de Crédito, S.A., le había remitido sendas comunicaciones en tal sentido; y que no constaba que dichas comunicaciones hubieran sido devueltas por parte del servicio de correos.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda al considerar que la demandada no había acreditado la existencia de la deuda y del requerimiento de pago previo a su inclusión en el fichero, por lo que concurrían las circunstancias determinantes de la vulneración del derecho al honor invocada.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandada. La Audiencia Provincial acogió el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda, al considerar acreditada la existencia de una deuda cierta, vencida y exigible, y de los requerimientos de pago con la advertencia de que caso de no ser atendidos darían lugar a su posible inclusión en un fichero de morosos.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el demandante interpone un recurso de casación, el cual es desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

9. Demanda de desahucio por no pago de rentas. Ejercicio cláusula *rebus sic stantibus*. Retardo justificado en el no pago de rentas. Teoría de los actos propios.—El Tribunal Supremo establece que, en los juicios plenarios, la mera referencia a la cláusula *rebus sic stantibus* como excepción en el escrito de contestación no es suficiente para justificar un pronunciamiento específico sobre ella (STS 822/2012, 18 de enero). Para que sea procedente, su ejercicio requiere una formulación expresa a través de una demanda reconvencional (STS 658/2012, 14 de noviembre). Además, el Tribunal Supremo sostiene que no puede reprocharse a las partes una actuación contraria a sus propios actos, ya que los hechos previos desmienten cualquier voluntad de revisar la renta o aplazar el pago de las cantidades pendientes más allá de la oferta inicialmente rechazada por las recurrentes. Por otro lado, la interposición de la demanda no puede considerarse un acto incompatible con la existencia de negociaciones previas orientadas a evitar la judicialización del conflicto. (**STS 996/2023, de 19 de junio;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—El 26 de junio de 2020, los arrendadores presentaron una demanda de juicio verbal de desahucio por falta de pago y reclamación de cantidad contra Catella Property Spain S.A. y Catella Asset Management Iberia S.L., basándose en el contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda celebrado el 1 de mayo de 2014. Las partes demandadas contestaron argumentando que el retraso en el pago de las rentas estaba justificado por las alteraciones extraordinarias e imprevisibles de las circunstancias en las que se basó la relación contractual, invocando la aplicación de la doctrina jurisprudencial *rebus sic stantibus*. Además, señalaron que los demandantes interpusieron la demanda mientras se negociaba la revisión o aplazamiento de las rentas, lo cual, según ellos, era contrario a la doctrina de los actos propios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Tras la apelación, la Audiencia Provincial de Madrid acoge el recurso presentado por la parte demandante y estima la demanda interpuesta, al considerar que no existe una contravención en los propios actos de parte del demandante. El Tribunal Supremo rechaza íntegramente el recurso de casación interpuesto por los demandados, señalando que la cláusula *rebus sic stantibus* debe ser alegada mediante la demanda reconvencional y que no hay inconsistencia en el actuar del demandante. (*N. M. S.*)

10. El criterio de plena indemnidad en la indemnización del lucro cesante derivado de las lesiones personales sufridas en un accidente de aviación.—El Tribunal Supremo, tras aludir a la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 901/2021, de 21 de diciembre, que subraya el carácter orientativo del baremo en otros campos ajenos a la responsabilidad por el uso y circulación de vehículos de motor, y tras examinar lo establecido en el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, y en el Reglamento (CE) núm. 2027/1997 del Consejo de 9 de octubre de 1997, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, determina que el sistema de indemnización de muerte y lesiones

corporales establecido en ellos responde al principio de plena indemnidad de la víctima, por lo que no procede establecer límites a la indemnización.

Devengo de intereses del artículo 20 LCS.—Sobre esta cuestión el Alto Tribunal sostiene que la sentencia recurrida sí tuvo en cuenta el pago de «anticipos», las «consignaciones judiciales» y el «efectivo abono» como fechas finales del devengo de intereses de las cantidades anticipadas, consignadas judicialmente o efectivamente pagadas. (**STS 963/2023, de 14 de junio;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Varios supervivientes y familiares de víctimas de un accidente aéreo interpusieron una demanda contra Mapfre, aseguradora de la responsabilidad civil de la aeronave siniestrada, en la que ejercitaron la acción directa prevista en el artículo 76 LCS. Solicitaban indemnizaciones por el fallecimiento de sus familiares o por los daños y perjuicios sufridos por ellos mismos, así como los intereses del artículo 20 LCS.

El juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda y condenó a Mapfre a indemnizar a los demandantes en las cantidades resultantes de aplicar el baremo de accidentes de tráfico con determinado incremento, que devengaría el interés del artículo 20 LCS desde la fecha del siniestro. Además, puntualiza que las sumas serían reducidas con los anticipos pagados por Mapfre. Ambas partes recurrieron la sentencia.

La Audiencia Provincial de Madrid estimó en parte el recurso de los demandantes y modificó en la sentencia la cuantía de algunas indemnizaciones y, en concreto, fijó las indemnizaciones por lucro cesante en las cantidades que resultaban de los informes periciales aportados por los demandantes.

Mapfre interpuso sendos recursos de infracción procesal y de casación, ambos desestimados por el Tribunal Supremo. (*M. Z. Z.*)

11. Responsabilidad por defectos constructivos: compatibilidad de la acción derivada del artículo 17 LOE con las acciones por incumplimiento contractual para reclamar frente al promotor-vendedor la reparación de defectos prescritos o manifestados una vez transcurridos los plazos de garantía de la LOE.—Al igual que ocurría con el artículo 1591 CC, la responsabilidad de los intervenientes en el proceso constructivo que impone la LOE resulta compatible con el ejercicio de acciones contractuales derivadas del artículo 1101 CC y concordantes cuando, entre actor y demandados, media vínculo de tal naturaleza. De forma expresa, lo autoriza además el artículo 17.7 LOE. El promotor-vendedor resulta responsable, en virtud del contrato de compraventa suscrito con los adquirentes, de entregarles el edificio en condiciones de servir para el uso que le es propio, por tanto, sin defectos constructivos. Tales acciones contractuales permiten a los adquirentes reclamar del promotor-vendedor la reparación de defectos respecto de los que ha prescrito la acción *ex artículo 18 LOE*, o de los manifestados fuera de los plazos de garantía del artículo 17 LOE (STS 710/2018, de 18 diciembre, con cita de otras). El plazo de prescripción aplicable a estas acciones contractuales fundadas en el artículo 1101 CC es el previsto en el artículo 1964 CC. (**STS 646/2023, de 3 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En 2016 la comunidad de propietarios de un edificio interpuso demanda frente a la entidad promotora-vendedora reclamando la reparación de desprendimientos generalizados en su fachada, con fundamento en la responsabilidad contractual de la demandada frente a los compradores. El certificado final de la obra fue emitido en julio 2004, y la licencia de primera ocupación en enero de 2005. Los defectos fueron comunicados, por primera vez, a la promotora en diciembre de 2012. La demandada alegó el transcurso de los plazos previstos en la LOE, y que no asumió una obligación de hacer, propia de un contrato de obra, sino únicamente de dar, en virtud de las compraventas celebradas, la que habría cumplido. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia acogió el recurso de apelación interpuesto por la demandada, al considerar que se trataba de defectos meramente estéticos, y ocultos, por lo que la acción estaría prescrita (art. 1490 CC). La Comunidad de Propietarios interpuso recurso de casación articulado en varios motivos. El Tribunal Supremo casó la sentencia.

NOTA.—Esta sentencia resuelve la reparación de defectos constructivos a través de las acciones por cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa que une al promotor-vendedor con los adquirentes de lo edificado (art. 1101 CC y concordantes). La acumulación de estas acciones ha sido tradicionalmente admitida en aplicación del artículo 1591 CC (cfr., entre otras, SSTS de 8 de octubre de 1990, 28 de enero de 1994, y 21 de marzo de 1996). Debe alabarse la subsistencia de estas acciones por ser insuficientes los plazos de garantía de la LOE, particularmente el plazo trienal y su cómputo desde la recepción de la obra, lo que puede provocar incluso su premoriencia a la compra del inmueble; importancia que no poseían bajo el artículo 1591 CC, dada la amplitud de plazos que suponía. Sin embargo, algunos autores limitan las acciones contractuales al ámbito no cubierto por la LOE (*vid.* Díez-Picazo, L., «Ley de Edificación y Código civil», *ADC*, 2000-I, pp. 20-21, y Ruiz-Rico Ruiz, J. M. y Casado Casado, B., «Defectos constructivos: sobre la plena vigencia de la Ley de Ordenación de la Edificación respecto de todo tipo de obras, sea cual sea la fecha de solicitud de licencia de obra», *La Ley*, 2006-IV, p. 1478, notas 3 y 4). Las acciones contractuales, entiendo, no producen un vaciamiento de la LOE, aunque tutelen defectos constructivos manifestados tras el plazo de garantía trienal, puesto que requerirán vínculo contractual y no se verán beneficiadas de las presunciones de carácter originario de los defectos, que suponen los plazos de garantía. Para más detalles, *vid.* Santana Navarro, F., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», *ADC*, 2019-II, pp. 375 a 382, y 393). (F. S. N.)

12. Responsabilidad por defectos constructivos (art. 17 LOE): necesidad de manifestación de los defectos durante los plazos de garantía, e imposible acumulación de estos plazos al de prescripción contemplado en el artículo 18.1 LOE.—La necesaria coordinación entre los artículos 17.1 y 18.1 LOE exige que el daño material se produzca en el plazo de garantía y que, una vez manifestado en tal periodo de tiempo, la acción se

ejercite dentro del plazo de dos daños (STS 13/2020, de 15 enero). Los plazos señalados en el artículo 17.1 LOE, no son de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege* es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de estas (STS 451/2016, de 1 julio). Los plazos de garantía y el de prescripción, responden a distintos conceptos, pues los primeros obedecen a un presupuesto de responsabilidad, y el segundo a uno de accionabilidad. Por ello, no puede operarse la acumulación de ambos y, sin necesidad de agotar los plazos de garantía, el plazo de prescripción de dos años comenzará a correr desde la producción de los daños (STS de 5 de julio de 2013). (**STS 1211/2023, de 25 de julio;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—La Administración General del Estado interpuso demanda de reclamación del coste de las reparaciones que, obligada por el Ayuntamiento de Zaragoza, tuvo que ejecutar para corregir los graves desprendimientos de piezas cerámicas que padecía el Pabellón de España en la Exposición Internacional Zaragoza. Concretamente, frente a tres entidades que habían asumido la construcción de tal obra, su proyecto y dirección. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda ya que los daños reclamados, incardinables en el artículo 17.1 b) LOE, se manifestaron una vez transcurrido el plazo de tres años desde la recepción de la obra. La Audiencia estimó en parte la apelación, al apreciar una defectuosa ejecución y supervisión de la obra, por lo que condenó a la constructora y a la dirección de obra, a pesar de que considera que la recepción de la obra tuvo lugar en mayo de 2008, y los defectos se empezaron a manifestar en octubre de 2011, por tanto, transcurridos tres años. Las entidades condenadas interponen recurso de casación con fundamento en la infracción del artículo 17.1 b) y 18.1 LOE. El Tribunal Supremo casó la sentencia. (*F. S. N.*)

13. Requisitos propios del contrato de transacción. El consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente. Cobro indebido. Obligación de restitución.—El Tribunal Supremo establece que el documento suscrito por la partes no puede considerarse una transacción, ya que no existen concesiones reciprocas entre ellas. Argumenta que el sobreseimiento del procedimiento, como consecuencia del pago de la deuda garantizada, no constituye una concesión realizada por el demandado, puesto que es un efecto natural de la finalidad solutoria del procedimiento. Además, está posibilidad está expresamente prevista en el artículo 693.3 LEC. Asimismo, la transacción, al ser un contrato que implica la renuncia al ejercicio de acciones judiciales, requiere que la manifestaciones de voluntad que lo integren sean claras, terminantes e inequívocas (STS 471/2021, de 29 de junio). (**STS 720/2023, de 12 de mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 9 de marzo de 2015, Abanca Corporación Bancaria S.A., inicia un procedimiento de ejecución hipotecaria sobre

la vivienda de Roque, debido al no pago de un préstamo hipotecario celebrado el 11 de noviembre de 2005 entre Abanca, Roque y su entonces esposa. El 26 de junio de 2015, Roque pago la suma adeudada de 196.288 euros, tras lo cual Abanca solicita la terminación del citado procedimiento de ejecución. Posteriormente, Roque demanda a Abanca solicitando el reintegro de 6.647,15 euros, los que fueron cobrados indebidamente en concepto de costas. Subsidiariamente, solicita la declaración de enriquecimiento injusto y la condena de su reembolso; y de manera subsidiaria, la declaración de la existencia de abuso de derecho y la correspondiente indemnización de perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Oviedo revocó la sentencia y condenó a la parte demandada a reintegrar la suma solicitada, al considerar que en el caso se cumplían todos los requisitos de la acción de restitución consagrada en el artículo 1895 CC. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto por Abanca, explicando que el documento firmado por las partes el 26 de junio de 2015 no puede considerarse un contrato de transacción, dado que no hubo concesión alguna por parte del recurrente. Además, no existió una manifestación inequívoca de voluntad tácita por parte del demandante que permitiera inferir la existencia de una manifestación tácita de voluntad. (*N. M. S.*)

14. Ejecución de prenda sobre acciones. Deuda remanente.—Las partes incluyeron en el contrato de prenda de acciones una estipulación que establecía distintos procedimientos de ejercicio de la acción real pignoraticia, entre ellos el previsto en el artículo 11 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. Con arreglo a este régimen legal, en caso de que se produzca un «supuesto de ejecución», el beneficiario o acreedor puede ejecutar la garantía financiera pignoraticia, cuando ésta consiste en «valores negociables u otros instrumentos financieros» mediante su venta o «apropiación», con «compensación de su valor o aplicación de su valor al cumplimiento de las obligaciones financieras principales». Y para acudir al procedimiento de «apropiación» es necesario que se cumplan dos condiciones: (a) que «se haya previsto entre las partes en el acuerdo de garantía financiera», y (b) que «las partes hayan previsto en el acuerdo de garantía las modalidades de valoración de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito». Ahora bien, en el caso enjuiciado ninguno de los intervinientes en el contrato de prenda estaba incluido en el ámbito de aplicación subjetivo delimitado por el artículo 4 del Real Decreto-ley 15/2005. Por tanto, si el Real Decreto-ley 15/2005 no era aplicable al caso, tampoco el mecanismo de ejecución por «apropiación», que de hecho no fue el elegido para ejecutar la prenda por la acreedora, que optó por el sistema de subasta pública notarial (arts. 1872 CC y 72 ss. LN). En consecuencia, en el caso litigioso no concurrió la única hipótesis (ejecución por apropiación) para la que se contemplaba la aplicación del pacto de fijación del precio de la acción. Por tanto, resulta improcedente extrapolar una previsión contractual pactada en contemplación a la hipótesis de ejercicio de la acción real pignoraticia por un procedimiento

concreto (ejecución por apropiación) a una hipótesis distinta (ejecución por subasta), que ni exige esa misma previsión contractual (fijación del método de valoración), ni resulta compatible con su naturaleza jurídica y régimen legal propio. En efecto, no puede pretenderse que, una vez adjudicadas las acciones pignoradas en subasta pública, mediante un procedimiento de realización forzosa, se haga tabla rasa de la regulación propia de este procedimiento y se sustituyan los precios de adjudicación resultantes de la libre concurrencia propia de la subasta por el valor de las acciones fijado en un contrato para la hipótesis de que el acreedor ejecutante optase por ejercer la facultad de ejecutar la garantía mediante «apropiación», sin pública concurrencia de las acciones. (**STS 1033/2023, de 27 de junio;** ha lugar.) [PONENTE EXCMO. SR. D. JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE.]

HECHOS.—Anangu S.L.U., como acreedora pignoraticia, interpuso una demanda contra Neuer S.L. y Rafcon S.L.U., en la que solicitaba la condena solidaria de las demandadas a pagar a la demandante una suma dineraria, correspondiente a la deuda remanente tras la ejecución de una prenda de acciones, pues lo recibido tras la ejecución no había sido suficiente para cubrir el importe total de su crédito.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a las demandadas a que a que conjunta y solidariamente abonen a la actora una cantidad inferior a la solicitada.

Interpuesto recurso de apelación por las demandadas, la Audiencia Provincial lo estimó, revocó la sentencia de primera instancia y absolió a las demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el demandante interpuso un recurso de casación, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

15. Garantía o aval a primera demanda o requerimiento: naturaleza y alcance.—Es un contrato autónomo de garantía que, cumple una función garantizadora tendente a conseguir la indemnidad del acreedor beneficiario frente al incumplimiento de su obligación contractual por el deudor ordenante. En esta modalidad contractual, el garante asume una obligación abstracta e independiente de pagar la obligación del sujeto garantizado, desde el mismo momento en que sea requerido por el acreedor y sin oponer excepciones de ningún tipo, ni siquiera la nulidad de la obligación garantizada (véanse, al efecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de crédito contingentes, de 11 de diciembre de 1995; y las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional para las Garantías a Primera Demanda, de 1992).

Diferencia con la fianza ordinaria.—A diferencia de lo que sucede con la fianza ordinaria, el aval a primer requerimiento es una fianza con determinadas especialidades, no se requiere el incumplimiento de la obligación principal, ya que estas garantías pueden ser hechas efectivas a simple requerimiento. La jurisprudencia ha destacado que una de las notas características que diferencian el aval a primer requerimiento de la fianza regulada en el Código Civil es su no accesoriaidad, por lo que para la efectividad de la garantía no es preciso demostrar el incumplimiento de la obligación garantizada.

zada, sino que para hacer efectivo el cumplimiento de ésta, bastará con la reclamación del deudor. Así como que el garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago, otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, pues lo contrario supondría desvirtuarla naturaleza de esta obligación.

Característica del aval a primer requerimiento.—La característica del aval a primer requerimiento es la de dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata, que pierde su carácter accesorio de la obligación principal, en el que la obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial. Pero sin que impida el ejercicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía o para determinar el grado de cumplimiento de la obligación principal garantizada.

Importancia de los términos de su redacción.—Los términos en que esté redactado este tipo de aval son de capital importancia, dada su autonomía, por lo que la interpretación conforme al artículo 1281.1 CC se revela prácticamente imprescindible, por ello la regla de interpretación literal es prevalente y solo cuando resulte insuficiente para averiguar la voluntad de las partes contratantes, entra en juego el llamado canon de la totalidad, es decir, el conjunto de reglas complementario y subordinado previsto en los artículos 1281.2 a 1289 CC.

Interpretación del contrato: alcance.—La jurisprudencia de manera reiterada ha considerado que la interpretación del contrato y sus cláusulas, entendida como actividad que busca identificar el conjunto de obligaciones que derivan para las partes de todo contrato a partir de la voluntad común de éstas expresada en el mismo es una labor o función propia de los tribunales de instancia, con la consecuencia de que ha de prevalecer la interpretación realizada por éstos sin que sea posible su revisión en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por el tribunal sentenciador en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario o vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos, por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Extensión de la nulidad del negocio principal a la garantía como negocio accesorio: improcedencia.—La extensión de los efectos de la nulidad de la póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles, como negocio principal, al negocio accesorio representado por el aval a primer requerimiento, no procede dado el carácter autónomo y no accesorio de este tipo contractual, que tiene como característica principal dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata para cuyo cumplimiento efectivo basta con la reclamación del deudor, sin que el garante pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta obligación. (**STS 844/2023, de 31 de mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad T. V., S.A. interpuso demanda contra la C. de A. de B., solicitando que se condene a la entidad demandada a pagar a la actora cierta suma de dinero como deuda vencida correspondiente al afianzamiento, más el interés legal de dicha cantidad hasta la cancelación de la citada deuda, todo ello en base al documento que se recoge, bajo la firma

de persona facultada para ello que aparece al lado de su estampilla, la obligación de la entidad demandada de pagar, en las fechas que se indican, las cantidades que se fijan como correspondientes al precio, IVA incluido, que se pactó en el contrato concertado por T. V., S.A., con E. C., S.L., de cara a la fabricación, suministro y montaje por la primera de una estructura metálica para la construcción de un polideportivo. La representación procesal de la parte demandada solicitó la desestimación de la demanda y la imposición de las costas del proceso a la entidad demandante. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almendralejo desestimó íntegramente la demanda, con imposición de las costas a la parte actora, al considerar que la reclamación, se sustenta en la póliza de afianzamiento y la obligación accesoria de garantía con prenda que fueron declaradas nulas por una sentencia anterior, por lo procede la desestimación de la demanda, ya que no puede obligarse a la demandada a abonar la cantidad reclamada cuando ya ha sido declarado nulo el negocio jurídico del que trae causa, sin que sea ésta susceptible de confirmación ni de convalidación. Recurrida en apelación por la representación procesal de la entidad mercantil T. V., S.A., oponiéndose en tiempo y forma la demandada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz estimó íntegramente el recurso y revocó la sentencia de instancia condenando a la entidad demandada a que abone a la actora cierta cantidad con los intereses legales desde el requerimiento extrajudicial hasta su completo pago, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada y sin que haya lugar a la condena en costas de esta segunda instancia a ninguna de las partes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

16. Responsabilidad médica.—La naturaleza de la obligación del médico es de medios y no de resultados. La imputación jurídica del daño no es meramente objetiva por la existencia de un resultado dañoso no deseado, sino que es preciso la concurrencia de una actuación culposa que justifique la obligación de indemnizar, como resulta del juego normativo de los artículos 1101, 1902 y 1903 CC.

Ha de concurrir, al menos, un título de imputación jurídica del daño y una relación de causalidad acreditada entre la actuación médica y el resultado dañoso producido.

La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento: Las reglas de la *lex artis*.—La culpa constituye un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado *reproche culpabilístico*. La apreciación de culpa requiere pues un elemento de comparación, y la realización de una conducta que se aleje negligente o intencionadamente del comportamiento debido.

Este modelo de comportamiento, expresión de la diligencia debida, viene constituido por los principios, normas o pautas que rigen una determinada actividad, entre las que se encuentran las denominadas reglas de las *lex artis*

(ley del arte) (SSTS 690/2019, de 18 de diciembre; y 171/2020, de 11 de marzo, entre otras).

La *lex artis* (ley del arte).—Es el conjunto de conocimientos, técnicas y habilidades aplicables en un concreto sector de la actividad humana. Sirve como criterio para determinar la existencia de mala praxis cuando, quien se encuentra sujeto a ellas, incumple o desconoce las reglas de actuación por las que se rige la actividad profesional que desempeña. Constituye un modelo determinativo de la corrección de las acciones ejecutadas y opera como metro o testigo del comportamiento exigible.

Las reglas de la *lex artis* en el ámbito de la responsabilidad médica.—En esta responsabilidad el criterio básico de imputación estriba en determinar si el profesional se comportó con arreglo a las pautas o parámetros prescritos, según el estado actual de la ciencia, para la praxis médico-quirúrgica, lo que la jurisprudencia ha denominado *lex artis ad hoc* (SSTS 284/2014, de 6 de junio; y 546/2007, de 23 de mayo). También, la STS 778/2009, de 20 de noviembre, indica que la *lex artis* es un supuesto y elemento esencial para llevar a cabo la actividad médica y obtener de una forma diligente la curación o la mejoría de la salud del enfermo, a la que es ajena el resultado obtenido puesto que no asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente.

Alcance de la *lex artis* en la asistencia médica: estado actual de conocimientos de la medicina.—La *lex artis* abarca la utilización de los medios y técnicas necesarias, que el estado actual de conocimientos de la medicina, posibilita para el diagnóstico de las enfermedades, de manera proporcional al cuadro clínico que presenta el enfermo; seguir las prevenciones aceptadas por la comunidad científica para el tratamiento de la patología padecida; la práctica diligente de las técnicas empleadas en el proceso curativo, comprendiendo las quirúrgicas; la prestación de la información precisa, con antelación temporal suficiente, de manera comprensible, sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento, riesgos típicos y prevenciones a seguir en el proceso de curación de la enfermedad; abstenerse de actuar en contra o al margen del consentimiento informado del paciente, que habrá de obtenerse, con mayor rigor, en el caso de la medicina voluntaria o satisfactiva; cumplimentar los deberes de la documentación clínica, sin incurrir en omisiones relevantes e injustificadas; y actuar siempre, de forma diligente, mediante el control de las incidencias del curso de la patología, sin incurrir en descuidos inasumibles, hasta el alta del paciente, con las indicaciones correspondientes de seguimiento, si fueran procedentes (prevenciones pautadas y revisiones periódicas en su caso) (STS 534/2009, de 30 de junio).

La responsabilidad médica y la locución *ad hoc* a la *lex artis*.—En el caso de la responsabilidad médica, se añade la locución *ad hoc*, que obliga a ponderar las concretas circunstancias de cada caso, en tanto en cuanto a situaciones diferentes no se les puede dar el mismo tratamiento jurídico mediante una artifiosa e injustificada asimilación. Así señala la STS 240/2016, de 12 abril, que las singularidades y particularidades de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente. En atención a las consideraciones expuestas, la STS 447/2001, de 11 de mayo, exige también la ponderación de las circunstancias concurrentes, para apreciar la existencia de negligencia médica.

El diagnóstico médico en esta responsabilidad.—Constituye un proceso inferencial, que se lleva a efecto a partir del análisis del cuadro clínico que presenta el paciente y pruebas médicas procedentes, con la finalidad de deter-

minar la patología que sufre, instaurar la correspondiente pauta terapéutica, así como emitir el pronóstico correspondiente.

Un diagnóstico incorrecto no es, por sí solo, fuente generadora de responsabilidad, cuando se han empleado los medios necesarios para llevarlo a efecto actuando diligentemente. Así, la STS 719/2005, de 6 de octubre, señala que no cabe responsabilidad en el facultativo cuando la confusión viene propiciada: por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismos resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia (STS 10 de diciembre de 1996), tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico en disculpable o de apreciación (STS de 8 de abril de 1996).

Ello no quiere decir, tampoco, que la responsabilidad médica no nazca cuando nos encontramos ante errores manifiestos, no disculpables, generados por la falta de ponderación de los síntomas que el enfermo presentaba al tiempo de ser sometido a la correspondiente asistencia, o por mor de la indebidamente atención al mismo (SSTS 127/2010, de 3 de marzo; y 679/2010, de 10 de diciembre, entre otras).

Obligaciones del médico al realizar un diagnóstico.—En primer lugar, se encuentra la obligación del médico de llevar a efecto las pruebas diagnósticas, que sean necesarias, atendido el estado de la ciencia. En segundo lugar, puede constituir manifestación de responsabilidad civil el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, o el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles, al constituir una vulneración de la *lex artis*. En tercer lugar, no se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución ulterior del cuadro clínico, dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles.

Pruebas necesarias para determinar el diagnóstico.—Para realizar el diagnóstico el médico está obligado a efectuar todas las pruebas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento (STS 112/2018, de 6 de marzo). Sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar su responsabilidad (SSTS 679/2010, de 10 de diciembre; 173/2012, de 30 de marzo; y 33/2015, de 18 de febrero).

No es necesario llevar a efecto todo tipo de pruebas diagnósticas a disposición de un centro hospitalario, sino (como señala la STS 524/2010, de 25 de noviembre) las exigibles en atención a las circunstancias del paciente. El diagnóstico, sin perjuicio de su revisión, se lleva a efecto mediante el examen de síntomas y signos actuales.

Valoración de la prueba pericial.—Corresponde al tribunal de instancia, por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando concurre la vulneración de alguna de las normas que integran el régimen de este medio probatorio o cuando la valoración efectuada arroja un resultado erróneo, arbitrario o ilógico contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando se trata de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado (SSTS de 15 de diciembre de 2006; y 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

Vulneración de las reglas de la sana crítica en la prueba pericial.—Se entienden vulneradas las reglas de la sana crítica: 1º. Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial (STS 17 de junio de 1996). 2º. Cuando se prescinde del contenido del dictamen,

omitiendo datos, alterándolo, deduciéndo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherenteamente, etc. (STS 20 de mayo de 1996). 3º. Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes (STS 7 de enero de 1991). 4º. Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo (SSTS 504/2016, de 20 de julio; y 514/2016, de 21 de julio) (STS 141/2021, de 15 de marzo).

Sólo excepcionalmente se admite la revisión de la valoración de la prueba en casación.—Al no ser la Sala Primera del Tribunal Supremo una tercera instancia, esta revisión se podrá producir por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE (SSTS 572/2019, de 4 de noviembre; y 7/2020, de 8 de enero, entre las más recientes). (**STS 680/2023, de 8 de mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El procedimiento consistió en la interposición por la demandante de una acción directa de la *Ley de Contrato de Seguro* contra la aseguradora médica de un hospital, por negligencia médica derivada, según la actora, de un error en el diagnóstico al no habérsele apreciado un ictus transitorio cuando acudió al hospital, ya que padecía en ese momento un síntoma claro de patología neurológica con pérdida de sensibilidad en miembro superior izquierdo, que no fue objeto de las pruebas correspondientes para descartar la existencia de un ictus, como exigían los protocolos médicos.

El juez estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a abonar a la actora la suma de 637.116,70 €, más los intereses del artículo 20 LCS. Ambas partes recurrieron la sentencia de primera instancia y la audiencia revocó el pronunciamiento del juzgado, con desestimación de la demanda, al considerar que no hubo negligencia médica, ni error de diagnóstico, en base a la pericial médica practicada especialmente por un especialista y autoridad en la materia, jefe de servicio de neurología del Hospital Universitario de la Princesa de Madrid; coordinador de la unidad de ictus del referido centro hospitalario, en donde se han tratado más de 7000 pacientes de dicha patología, el cual explicó que no cabe identificar el ictus con el ataque isquémico transitorio, y que este último excluye el ictus, por lo no se pueden tener ambas patologías a la vez. El Tribunal Supremo no dio lugar a los recursos extraordinarios de infracción procesal y casación interpuestos por la actora, al no apreciar negligencia médica, ni error de diagnóstico, ni relación causal entre ambos episodios clínicos. (*I. D.—L. S.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

17. Mayorías necesarias para acuerdos comunitarios que alteren la configuración exterior del edificio.—La Sala Primera confirma su jurisprudencia tendente a flexibilizar las mayorías necesarias para los acuerdos comunitarios, en el sentido de que, aun tratándose de actuaciones que afecten a la configuración exterior del edificio, no es necesario un acuerdo unánime si son necesarias para la explotación de los locales comerciales, salvo que se acredite un perjuicio para el edificio, su configuración o estructura o para los otros propietarios. Consecuentemente, reconoce la posibilidad de que los Estatutos modifiquen las mayorías necesarias para autorizar aquellas obras, o incluso prescindan de tal autorización, y dichas reglas pueden ser objeto de interpretación amplia. (**STS 861/2023, de 5 de junio;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—Los Estatutos de una comunidad de propietarios conferían a los dueños de sus locales amplias facultades para alterarlos jurídica y materialmente, así como para desarrollar en ellos cualquier actividad industrial o comercial permitida por las Ordenanzas Municipales, sin necesidad de consentimiento de la Junta de propietarios. En 2010, la sociedad A, que explotaba un negocio de restauración en dos locales unidos, instaló unas chimeneas en la fachada interior y azotea del edificio para cumplir con los requisitos administrativos de dicha actividad, pese a la disconformidad expresada por la comunidad en las dos Juntas siguientes. En 2017, tras ser requerida por el Ayuntamiento para modificar la instalación, la sociedad A pidió permiso a la comunidad para abordar la obra, la cual se lo denegó. En consecuencia, la sociedad A demandó que se declarara la nulidad de dicho acuerdo y la indemnización de los daños sufridos, consistentes en la sanción administrativa por la deficiente instalación de las chimeneas. La comunidad no solo se opuso, sino que formuló reconvención, pidiendo la retirada de las chimeneas existentes por no haber sido autorizadas por unanimidad conforme a la Ley de Propiedad Horizontal.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvención, argumentando que la habilitación genérica de los Estatutos no amparaba una instalación de tal magnitud. La Audiencia Provincial, por el contrario, acogió el recurso de apelación de la sociedad A, estimando su pretensión y desestimando la reconvención de la comunidad, con fundamento en una interpretación amplia de los Estatutos, la proporcionalidad de la obra y la ausencia de prueba de un perjuicio al edificio o a los copropietarios. Interpuesto recurso de casación por la comunidad de propietarios, el Tribunal Supremo lo rechaza y razona que la interpretación amplia de las reglas estatutarias sobre mayorías es admisible incluso cuando se trate de obras que afecten a la configuración exterior del edificio, si no se prueba un perjuicio para aquel o para los copropietarios.

NOTA.—Si bien el Tribunal Supremo ha flexibilizado las mayorías necesarias para hacer modificaciones en la fachada que no afecten a la estructura del edificio, también ha advertido que ello solo procede cuando la obra obedezca a las necesidades de explotación de los locales: STS 737/2015, de 29 de diciembre. La reciente STS 1036/2024, de 19 de julio, ha matizado que la mera inco-

modidad del propietario no puede equipararse a la necesidad de la obra, que debe apreciarse de manera casuística. (*C. C. S.*)

18. Interpretación del límite de cita al derecho de reproducción respecto de dos de sus requisitos: inclusión de un fragmento e inclusión con finalidad de análisis, comentario o juicio crítico que pueda considerarse ajustada a un uso honrado.—El límite de cita, regulado en el artículo 32.1 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), constituye una trasposición del artículo 5.3.d) Directiva 2001/29/CE, que permite a los Estados miembros establecer, entre otros límites al derecho de reproducción y comunicación, el siguiente: «d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido».

Aunque la Directiva haya configurado este límite como facultativo, en principio su inclusión en nuestro Derecho interno era necesaria, a la vista de su regulación en el artículo 10.1 Convenio de Berna: «1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa».

En el marco de la habilitación que confiere el artículo 20 del Convenio de Berna, nuestro artículo 32.1 establece una regulación del derecho de cita más restrictiva. En primer lugar, en el caso de obras escritas, se restringe a la inclusión de un «fragmento» de una obra ajena ya divulgada, que excluye la reproducción de la totalidad de la obra. Además, esta inclusión de un fragmento ha de responder, si no es una mera reseña, a una finalidad de «análisis, comentario o juicio crítico». Y, en cualquier caso, ha de respetar la paternidad de la obra.

No obstante lo anterior, el artículo 10.1 del Convenio de Berna, cuando menciona la exigencia de que la cita de una obra ajena se haga conforme a los usos honrados, aporta una clave de interpretación de este límite legal, en línea con lo previsto en el artículo 40 bis LPI: prescribe que la explotación efectuada por el beneficiario del límite de que se trate no puede perjudicar de forma injustificada los intereses del autor ni ir en detrimento de la explotación normal de la obra afectada.

Así las cosas, el artículo 32.1 LPI estable, entre otros, dos requisitos que han de cumplirse de forma simultánea para el correcto ejercicio del límite de cita: inclusión de un fragmento de una obra ajena y que «su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico».

Respecto del primero de estos requisitos, inclusión de un fragmento, no se cumple cuando una obra ajena es publicada como tal, de forma íntegra e independiente. Con relación al requisito ligado a la finalidad de análisis, comentario o crítica que justifica el límite de cita, en ningún caso está justificada una reproducción cuando el texto se incorpora a una antología de textos, pues entonces es claro que la finalidad no es su análisis, comentario o crítica, sino su comunicación.

Hay casos en los que la publicación en la que se incluye el pretendido «fragmento» contiene rasgos propios de un estudio académico y, al mismo tiempo, de una antología o selección de textos representativos, en cuanto que

están introducidos o comentados desde una perspectiva académica, y la reproducción persigue ilustrar algo. Pero aun en estos casos, hay que advertir qué prima: la publicación del texto reproducido (comentado o integrado en un contexto que resalta su carácter ilustrativo de una idea) o el estudio académico o científico que requiere del análisis de esos fragmentos de la obra ajena. La distinción en un caso como este nos la da la «proporción». Pero no la proporción del número de páginas del «fragmento» en relación con la totalidad de la obra en que fue publicada primero, ni tampoco respecto de la obra en que ahora es incluida sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual. Nos referimos a la «proporción», como correcta adecuación, en relación con la finalidad perseguida y la exigida por la ley para estar amparada por el derecho de cita (el análisis, comentario o juicio crítico del fragmento reproducido).

Por tanto, cuando se reproduce íntegramente un cuento breve, aunque ocupe unas pocas páginas en relación con la totalidad de la obra publicada, y si ese cuento constituye una unidad totalmente independiente, no es propiamente un fragmento de otra obra la que se incluye como parte esencial de un estudio académico o científico, ni por supuesto se trata de una mera reseña. Esta reproducción desborda las hechuras legales del límite de cita al derecho de reproducción, al primar el elemento recopilatorio frente al análisis, comentario o juicio crítico del propio texto. (**STS 724/2023, de 16 de mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Rocío interpone demanda de juicio ordinario contra Ediciones Catedral, en la que solicita que cese en la reproducción y distribución de un libro que contiene una obra suya publicada (una traducción del japonés al español), además de una indemnización por daños morales y lucro cesante. Ello se basa en la ausencia de autorización con relación a los derechos de propiedad intelectual derivados de la traducción. La demanda es íntegramente desestimada, al entenderse que la inserción de la obra en cuestión, de 8 páginas, dentro de un libro de 715 páginas, dedicados al análisis y estudio de la literatura japonesa, con una cita de la autora de la traducción, puede encuadrarse dentro de los límites legales al derecho de reproducción conocido como derecho de cita.

La sentencia es recurrida en apelación por Rocío. El recurso es parcialmente estimado, al entender la Audiencia que la reproducción de la traducción en la obra de la demandada no está amparada por este límite legal de cita, pues no se trata propiamente de un fragmento, atendida la finalidad de la obra, y además ocasiona un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de la titular de la obra derivada que supone la traducción. Se declara la infracción de los derechos de propiedad intelectual de Rocío y, por tanto, se condena a Editoriales Catedral al cese de la reproducción y distribución del libro en que se reprodujo la obra ajena y a una indemnización.

Ediciones Catedral interpone recurso de casación con base en infracción y aplicación indebida de los artículos 32.1 y 40 bis LPI, pues entiende que la obra reproducida es un fragmento, así como que la finalidad de su inclusión está ligada al análisis, comentario o juicio crítico, en línea con un uso honrado que no perjudica a la actora. El recurso es desestimado, dado que reproducir un cuento breve en una obra recopilatoria, aunque ocupe unas pocas páginas

en relación con la totalidad de la obra publicada, es una unidad totalmente independiente y, por tanto, no es propiamente un fragmento, ni por supuesto se trata de una mera reseña. Entiende el Tribunal Supremo que una reproducción así no se ajusta a los «usos honrados» de una obra ajena, dado que no se justifica por un estudio crítico de esta obra reproducida. (*T. R. C.*)

19. El acreedor hipotecario o persona a él vinculada debe de instar el lanzamiento del deudor a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, y no mediante el juicio de precario.—En principio, 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 al que se refiere el 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 este caso, la entidad que promueve el presente juicio de precario es Coral Homes, S.L.U, una sociedad unipersonal. Pues bien, existe una indiscutible relación entre la acreedora hipotecaria y ejecutante Caixabank, la cessionaria del remate Buildingcenter, S.A., así como la entidad Coral Homes, en tanto en cuanto Caixabank es la socia única de dicha mercantil. Por tanto, no se puede considerar a la demandante como tercera ajena al procedimiento de ejecución hipotecaria, en virtud de título proveniente de una transmisión onerosa llevada a efecto al margen del procedimiento hipotecario con presumible buena fe para promover el procedimiento de precario. Todo conduce, por el contrario, a la conclusión de que se pretendió evitar el procedimiento de ejecución hipotecaria, solicitando su archivo, que fue acordado mediante auto, resolución que no tiene eficacia de cosa juzgada que vede la reapertura del procedimiento para la consecución del lanzamiento de los demandados. Así, la toma de posesión de la vivienda deberá instarse en el marco de la ejecución hipotecaria, en el seno del cual podrán los demandados hacer uso, en su caso, de los derechos que señala la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. (**STS 1128/2023, de 10 de julio; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Coral Homes S.L.U. ejerce una acción de desahucio por precario, encaminada a obtener un pronunciamiento judicial de condena de los ocupantes de la vivienda a cesar en todo acto de posesión sobre dicho inmueble, con apercibimiento de lanzamiento si no proceden a su desalojo. Los demandados, deudores hipotecarios y ocupantes de la finca, interesarán la desestimación de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que estimó la demanda. En consecuencia, acordó el desahucio por precario, con apercibimiento de que, si los ocupantes no abandonan voluntariamente la finca, se procederá a su lanzamiento.

Contra la sentencia de primera instancia se interpuso por los demandados un recurso de apelación, el cual fue desestimado por la Audiencia Provincial.

Contra la sentencia de apelación, los demandados interponen un recurso de casación, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

DERECHO DE FAMILIA

20. Irretroactividad de la prestación de alimentos.—El Tribunal Supremo confirma de nuevo que, como regla general, la modificación de las prestaciones de alimentos no tiene efectos retroactivos y no cabe exigir la devolución de lo pagado. La retroactividad solo opera con carácter excepcional, cuando concurre una situación objetivamente constatable de extinción previa a la sentencia que decrete aquella modificación, y solo hasta la fecha en que acaeció aquella circunstancia. (**STS 1072/2023, de 3 de julio**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 26 de enero de 2017, la sentencia de divorcio de A y B, se estipuló que los hijos del matrimonio, C y D, quedarían en compañía de B y se estableció una prestación de alimentos en su favor a cargo de A. Dos años después, A demandó la supresión o reducción de aquellas prestaciones por haberse incorporado C y D al mercado laboral; B formuló oposición, argumentando que C tenía un contrato en prácticas con una remuneración exigua y que D no solo no tenía un contrato laboral, sino que todavía no había terminado su grado universitario. Durante la tramitación del proceso en primera instancia, C finalizó su contrato en prácticas y suscribió un contrato laboral ordinario, como también lo hizo D.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la extinción de los alimentos, pues los hijos habían consolidado su situación laboral, pero con efecto desde la fecha de la misma sentencia. A recurrió en apelación, solicitando que la extinción tuviera efectos desde la fecha de interposición de la demanda. La Audiencia Provincial estimó su recurso y declaró que, respecto de C, la extinción debía retrotraerse al mes siguiente al inicio del juicio, pues la interposición de la demanda determinaría la petición formal de la modificación y los alimentos se pagan por meses anticipados, mientras que, respecto de D, debía atenderse al mes siguiente a la firma de su contrato laboral. Consecuentemente, condenó a B a restituir las cantidades percibidas. B interpuso recurso de casación, que el Tribunal Supremo estima, razonando que, con carácter general y dado su carácter consumible, los alimentos no tienen efectos retroactivos.

NOTA.—Sobre la irretroactividad de los alimentos y su carácter consumible, *vid.* las SSTS 202/2015, de 24 de abril y 86/2020, de 6 de febrero. Respecto a las causas objetivamente constatables de extinción de la obligación de alimentos, que justifican la retroactividad del fallo y la devolución de las pensiones cobradas indebidamente, se incluye el cese de la convivencia de los hijos con el progenitor que percibía las pensiones en su nombre, *ex* artículo 148

CC: SSTS 453/2018, de 18 de julio, 147/2019, de 12 de marzo, y 223/2019, de 10 de abril. (*C. C. S.*)

21. Fijación de alimentos en favor de hijo menor de edad, cuando el progenitor demandado se encuentra en paradero desconocido.—El interés superior del menor se sustenta, entre otros ámbitos, en el derecho a ser alimentado, y en la correlativa obligación de sus progenitores de cumplir la «en todo caso», como señala el artículo 93 CC. La obligación de prestar alimentos a los hijos menores tiene unas connotaciones particulares que las distinguen del resto de deudas alimenticias, una de las cuales es la relativa a la fijación de su cuantía, que determina que los artículos 146 y 147 CC solo sean aplicables con carácter indicativo, por lo que se pueden acoger pautas mucho más elásticas en beneficio del menor (STS 749/2002, de 16 julio). Al tratarse de menores, más que una obligación propiamente alimenticia, se trata de deberes insoslayables, inherentes a la filiación, por lo que ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto (STS 525/2017, de 27 septiembre, con cita de otras). Por lo anterior, en situación de acreditada dificultad económica, de acuerdo con la denominada doctrina del mínimo vital, lo normal será la fijación de un mínimo que contribuya a cubrir los gastos más imprescindibles para el cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, la suspensión temporal de la pensión (SSTS 184/2016, de 18 marzo, y 484/2017, de 20 julio). Los progenitores deben afrontar la obligación de alimentos, no siendo de recibo que su mera ilocalización les exonere de su cumplimiento, y tampoco que los tribunales no puedan determinar un mínimo porque uno esté paradero desconocido, todo ello sin perjuicio de que una vez hallado, pueda solicitarse una modificación de medidas de haber variado sustancialmente las circunstancias (STS 481/2015, de 22 julio). Por ello, resulta posible fijar los alimentos en un porcentaje de los ingresos del progenitor en rebeldía, sin perjuicio de su concreción una vez se conozcan. (**STS 860/2023, de 1 de junio;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La progenitora de un menor interpuso demanda sobre medidas de guarda, custodia y alimentos contra el padre, siguiéndose el procedimiento en rebeldía del demandado. La única prueba existente sobre los ingresos de este, fueron tres transferencias bancarias realizadas desde Italia por importes de 150 euros en los meses previos a la interposición de la demanda. En primera instancia no se fijaron alimentos al desconocerse el paradero e ingresos del demandado, pronunciamiento que confirmó la Audiencia Provincial. La demandante interpuso recurso de casación, por infracción de los artículos 93, 142, 145 y 146 CC, solicitando una pensión de alimentos por importe de 150 euros. El Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de casación. (*F. S. N.*)

22. Eficacia de los negocios jurídicos de familia, incluso los no ratificados judicialmente.—Tienen carácter vinculante para los cónyuges o excónyuges los negocios jurídicos de familia, a través de los que, al amparo de la libre autonomía de la voluntad y sometidos al límite del orden público, pactan las reglas por las que se han de regir sus relaciones personales o patri-

moniales o extinguen definitivamente las mismas; todo ello, bajo un criterio de progresiva potenciación de sus facultades dispositivas, que hunde sus raíces en el valor constitucional de la libertad reconocido en los artículos 1 y 10 CE. Hoy en día, llega a hablarse del fuerte contractualismo que impera en la materia.

En efecto, en las relaciones de pareja, formalizadas o no bajo la institución matrimonial, la facultad de configuración de su contenido por las partes es indiscutible, incluso con reconocimiento de los denominados pactos preventivos o de ruptura, concertados ante la eventualidad, futura e incierta, de una ulterior crisis matrimonial o de pareja, fijando anticipadamente las consecuencias que de aquélla derivan. Los únicos límites son los propios impuestos a todos los contratantes en el artículo 1255 del CC, de no atentar a las normas imperativas, a la moral, ni al orden público, y a los propios de la disciplina jurídica de las relaciones contractuales (art. 1261 CC), así como las exigencias de forma *ad solemnitatem*, que impone a determinados negocios jurídicos el ordenamiento legal (art. 1280 CC). (**STS 904/2023, de 6 de junio;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El matrimonio de Millán y Rebeca se disuelve por sentencia de divorcio de mutuo acuerdo en 2019, en la que queda fijado el convenio regulador. En 2020, suscriben un nuevo convenio, que no llega a ratificarse judicialmente, si bien se comienza a cumplir por las partes. Posteriormente, Millán interpone contra Rebeca demanda de modificación de medidas definitivas fijadas en su sentencia de divorcio. La demanda es estimada parcialmente, quedando modificada la sentencia de divorcio en el sentido de fijar la contribución de la madre a los alimentos del hijo.

Millán recurre en apelación. Alega infracción de los artículos 1255, 1258 y 1091 CC, así como la jurisprudencia que admite la eficacia de los convenios reguladores suscritos por las partes y no ratificados. El recurso que es desestimado.

Millán interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El recurso de casación es estimado, dado que la sentencia de la Audiencia niega eficacia vinculante al convenio de 2020, a pesar de que es manifestación de las facultades de autorregulación que corresponden a las partes litigantes, sin que se aprecien atisbos de la existencia de vicios del consentimiento. (*T. R. C.*)

23. Acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial respecto de menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución. La posesión de estado y el interés del menor no son *per se* suficientes para la determinación de la filiación: Es necesaria una valoración conjunta de todas las circunstancias concretas que concurren en el supuesto.—El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo (SSTS 45/2022, de 27 de enero; y 558/2022, de 11 de julio).

El vínculo socio afectivo de los niños entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es por sí título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación.—La posesión de estado, que en el artículo 131 CC es título de legitimación, no fue el único argumento utilizado por las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, en las que se valoró de manera conjunta, a la vista de las concretas circunstancias, la posesión de estado junto con el interés de los menores en preservar esa relación.

La valoración del interés superior del menor en las acciones de filiación.—El interés del menor no puede identificarse genéricamente con la estimación de cualquier acción de filiación que se ejercite, pues es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo). Además, el mero beneficio económico, el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo que pudieran resultar de la paternidad reclamada, por sí, ni son criterios para atribuir la filiación ni encajan entre los criterios que deben tenerse en cuenta para valorar e interpretar el interés superior del menor a la hora de determinar una concreta filiación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

No existe vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en cuanto que la filiación y nacionalidad de los menores están definitivamente determinadas.—El respeto a la vida familiar con independencia de los lazos biológicos entre personas que han vivido juntas con cierta estabilidad, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, no exige que en este caso deba establecerse la filiación que se reclama. Los menores tienen su identidad jurídica atribuida por la determinación de la filiación respecto de sus respectivos padres, cuyos apellidos llevan, y desde la separación por voluntad de sus progenitores están integrados en sus respectivas familias. (**STS 754/2023, de 16 mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El demandante ejercitó una doble acción de paternidad para que se determinase, de una parte, que él es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos de quien fue su pareja masculina, y de otra, que también se establezca que su expareja es el padre no matrimonial de sus dos hijos biológico. Asimismo, ejercitó, acción para el establecimiento de medidas de guarda y alimentos de los hijos no matrimoniales y acción acumulada y subsidiaria de fijación de un régimen de relaciones personales de allegados con los hijos biológicos de su expareja, así como entre los hijos biológicos de ambos.

Los cuatro menores nacieron mediante la técnica de gestación subrogada en la que cada progenitor aportó su material genético respecto a dos de los niños nacidos. Fueron dos procesos distintos e independientes de maternidad por sustitución, de tal forma que, primero nacieron los dos hijos del demandado y, siete meses después, los dos hijos del demandante.

No hubo consentimiento conjunto en el empleo de la técnica de reproducción asistida, sino que cada progenitor encargó su propia

gestación subrogada. De hecho, cada uno de los hijos fueron inscritos con los dos apellidos del progenitor que aportó el material genético, haciendo constar como estado civil del progenitor el de soltero en ambos casos.

Producida la ruptura de la relación de hecho, los progenitores firman un acuerdo en el que, entre otras cuestiones, manifestaron que era intención común de ambos que los niños crecieran juntos como hermanos. El Juzgado desestimó las pretensiones principales de filiación y estimó la subsidiaria de establecimiento de un régimen de relaciones de los hijos de demandante y demandado entre sí y para con el demandante y el demandado. La Audiencia no dio lugar al recurso de apelación, al entender que la situación fáctica no permite determinar las filiaciones reclamadas con apoyo en la posesión de estado y en el principio del interés de los menores. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia da respuesta a la cuestión de si la posesión de estado y el interés del menor son elementos suficientes para la determinación de la filiación. En este punto, es importante señalar que los menores tienen reconocida su filiación respecto de cada uno de los padres que encargaron su gestación y aportaron su material genético. Lo que se pretende, por el demandante, es la determinación de la filiación de cada uno de los menores con quien no es su padre biológico, ni tampoco encargó su gestación, y ello al amparo del artículo 131 CC.

Para el Tribunal Supremo, el artículo 131 CC título legitimador para instar la acción de filiación, pero no es suficiente por sí sola para determinarla. Por otro lado, la situación fáctica no permite establecer las filiaciones reclamadas con apoyo en la posesión de estado y en el principio del interés de los menores.

La primera razón es que ninguno de los dos progenitores tuvo la intención de ser el padre de los hijos del otro. En este sentido, los contratos de gestación se realizaron con carácter individual e individualista, se utilizó material genético de cada uno de ellos para obtener sus propios hijos; no quisieron acogerse a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, por la que hubieran podido practicar la inscripción de los niños como hijos de los dos; y, por último, pudiendo acudir a la adopción del hijo de su pareja de hecho, no quisieron hacerlo.

La segunda razón, en cuanto al interés del menor, no se entiende el beneficio que podría reportar la declaración de la filiación que conllevaría la cotitularidad de la patria potestad por dos personas, cuyas vidas, intereses y opiniones no transcurren paralelas, con la fuente de conflictos que pueden derivarse de tomar cada uno parte en las decisiones que afectan a los hijos del otro hasta que alcancen la mayoría de edad, en cuestiones referidas a la salud, la educación, los viajes, etc. (Véase el comentario a esta sentencia realizado por De la Iglesia Monje, M. I., «Paternidad extramatrimonial por posesión de estado o allegados: el interés real de los menores», *RCDI*, núm. 798, pp. 2255 a 2274; Minero Alejandre, G., «Posesión de estado, interés superior del menor, vínculo afectivo de los niños entre sí y determinación legal de la filiación en casos de maternidad subrogada», *CCJC*, núm. 123/2023, pp. 301 a 320). (C. O. M.)

24. Argumentos susceptibles de ser rebatidos en un recurso de casación.—El recurso de casación debe tener en cuenta e impugnar la *ratio decidendi* de la sentencia, por lo que incurre en causa de inadmisión por carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2. 4.^º LEC) el recurso que solo impugna los argumentos que no sean determinantes del fallo.

Efectos de la determinación de la filiación por naturaleza con posterioridad a la adopción.—En aplicación del principio de libre investigación de la paternidad, y pese al tenor del artículo 113.II CC, el artículo 180.4 CC presupone que la constitución de la adopción no impide que después se determine la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado, pero establece que tal determinación «no afecta» a la adopción.

Este es el significado de que, en un proceso de filiación, la sentencia «deje constancia» de que la declaración que hace de que un niño es hijo del demandante tiene «meramente efectos declarativos»; es decir, que la determinación de la filiación por naturaleza de un menor ya adoptado no hace nacer el vínculo jurídico de filiación, de modo que al demandante, padre biológico, ni se le puede tener por progenitor cuando se constituye la adopción a efectos del artículo 177 CC ni se le debe tener por progenitor después de la determinación de la filiación por naturaleza. (**STS 1059/2023, de 29 de junio;** no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—César nació en 2017. En ese momento quedó determinada en exclusiva su filiación respecto de la madre, Elisabeth. El 9 de junio de 2017 el Juzgado dicta auto por el que constituye su adopción por parte de los esposos Juan y Cándida.

El 24 de noviembre de 2017, cuando tuvo conocimiento de la existencia de su hijo, que la madre le ocultó, así como que lo había dado en adopción, Jesús presenta demanda para que se declarara que César era hijo biológico suyo (filiación no matrimonial). Su demanda fue estimada por sentencia de 19 de septiembre de 2018.

Esta sentencia fue apelada por los padres adoptivos, que se opusieron a que quedara determinada la filiación y que, de quedar determinada, se fijara que solo lo era a efectos declarativos. El recurso de apelación fue estimado el 29 de marzo de 2019, en el único sentido de precisar que la paternidad establecida respecto del hijo no matrimonial del demandante solo tenía efectos declarativos.

La Audiencia razona que, con arreglo a lo previsto en la redacción entonces vigente de la ley 74 del Fuero Nuevo Navarro (aplicable al caso), que en materia de adopción y prohijamiento se remitía de manera supletoria al Código civil y a las leyes especiales, es de aplicación al caso el artículo 180.4 del CC, conforme al cual, «la determinación de la filiación por naturaleza no afectará a la adopción».

El 15 de septiembre de 2020, Jesús interpone demanda de juicio ordinario contra Juan y Cándida, padres adoptivos del César, y contra Elisabeth, madre biológica del menor, en la que solicita la extinción de la adopción del menor. Esta es la demanda que da origen al procedimiento aquí analizado.

La demanda es desestimada, al apreciarse la concurrencia de la excepción de cosa juzgada material (art. 222.4 LEC). Entiende la sentencia del Juzgado que se ha dictado con carácter firme una sentencia que puso fin a un proceso anterior que se pronunciaba expre-

samente sobre lo que se plantea en este procedimiento. El razonamiento del juzgado se basa tanto en que la sentencia que reconoce la filiación biológica determina que es con meros efectos declarativos, como en que el artículo 180 CC expresamente se refiere a que la determinación de la filiación no afectará a la adopción.

Jesús recurre en apelación. La sentencia de la Audiencia desestima el recurso de apelación por dos razones: i) cosa juzgada (art. 224. LEC) respecto de la sentencia de 29 de marzo de 2019; ii) aunque se entrara a valorar si concurren los requisitos del artículo 182.2 CC, también correspondería la desestimación, porque la demanda no se ha interpuesto dentro de los dos años siguientes a la adopción, porque debe entenderse que sólo están legitimados para solicitar la extinción de la adopción «los progenitores cuya filiación hubiera sido determinada con anterioridad a la adopción», y porque para determinar si la extinción de la adopción causa un grave perjuicio al menor debe compararse qué beneficios puede aportar la familia adoptiva y qué beneficios puede aportar la familia de origen del menor (el padre biológico se encuentra internado en un centro de desintoxicación).

Jesús interpone recurso de casación, que es desestimado. El recurrente no combate en su recurso de casación la verdadera razón decisoria del fallo de la sentencia realmente impugnada, que es la apreciación de la cosa juzgada (art. 222.4 LEC), apreciación que deriva de entender que ha quedado decidido ya en un proceso anterior seguido entre las partes lo que es objeto del actual procedimiento. En el segundo procedimiento seguido entre las partes, la sentencia recurrida expresamente declara que, conforme al artículo 222.4 LEC, hay cosa juzgada. Solo después de tal afirmación, y a pesar de su extensión, con claro carácter *obiter dicta* o a mayor abundamiento, se pronuncia sobre la falta de concurrencia en el caso de los requisitos del artículo 180.2 CC. Así se entiende que, después de apreciar cosa juzgada, la sentencia introduzca sus razonamientos sobre el artículo 180 CC diciendo que «aunque se aceptara la tesis del apelante y esta sección entrara a examinar si concurren los requisitos del artículo 182.2 CC, su recurso tampoco podría prosperar». (T. R. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

25. Legado de inmueble. Adquisición del legado.—El legado cuenta con un régimen de adquisición diferente al establecido para la aceptación y repudiación del título hereditario. A la vista del artículo 881 CC se habla de la adquisición *ipso iure* del legado, sin necesidad de aceptación. En este sentido, para todo tipo de legados, el artículo 881 CC establece que *el legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos*.

Además, según el artículo 882.I CC, cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere.

Con todo, en el sistema del Código civil, el legatario, como regla, no puede ocupar por sí la cosa legada, y conforme al artículo 885 CC debe pedir su entrega y posesión al heredero, o al albacea que se halle autorizado para darlo. Entrega que no equivale a la *tradición* que consuma la adquisición de la propiedad en los contratos traslativos, porque el artículo 609 CC no exige tradición en la adquisición por sucesión testada y el legado es título suficiente para adquirir la propiedad. La necesidad de entrega por el heredero, por lo demás, es coherente con la *posesión civilísima* que corresponde al heredero (art. 440 CC), y se explica por razones prácticas de evitar la dispersión de la herencia en perjuicio de acreedores y legitimarios. Así, se justifica que el heredero pueda negarse a la entrega cuando de las operaciones de cómputo resulte que con ella se ponen en riesgo los derechos de los acreedores o el pago de la legítima, por no ser suficiente el caudal relicto o ser el legado inoficioso.

Aceptación irrevocable del legado.—Aunque la ley atribuya la propiedad al legatario desde el momento del fallecimiento del causante con posibilidad de renuncia con efectos retroactivos al momento de la apertura de la sucesión, solo con la aceptación o la petición de entrega y posesión que implica que se acepta, tiene lugar la adquisición de modo irrevocable.

Prohibición legal de tomar el legatario por sí la posesión del legado. Excepciones: distribución de toda la herencia en legados.—Entre las excepciones a esta regla general prohibitiva, se admite el supuesto de que toda la herencia se distribuya en legados, caso al que de manera muy escueta se refiere el artículo 891 CC para fijar el criterio de responsabilidad directa de los legatarios por las deudas de la herencia y en proporción al valor del legado. En tal caso, en razón a que no hay heredero, se admite que los legatarios pueden ocupar por sí mismos los bienes legados (salvo que haya albacea o administrador autorizado para entregarlos).

Acción para reclamar el legado.—Aunque el Código civil no la menciona expresamente, es común el reconocimiento al legatario de una acción para reclamar la entrega o cumplimiento del legado, según los casos, contra la persona gravada o la persona facultada para cumplir los legados. Se habla de una acción personal, *ex testamento*, para reclamar la entrega y que, a falta de plazo de prescripción, estaría sometida al plazo general del artículo 1964 CC (STS 349/1927, de 4 de octubre, que consideró que se trataba de una acción personal cuyo plazo empezaba a computar desde el fallecimiento del causante). La posterior STS 5187/1979, de 29 de septiembre, también fija la misma doctrina sobre el plazo de ejercicio de la acción.

Para el legado de eficacia real, en el que el legatario haya adquirido la propiedad de la cosa legada, la doctrina admite también la acción reivindicatoria, que puede dirigirse contra cualquiera que tenga la posesión de la cosa, incluido el heredero (lo que tiene interés si ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción personal), y que, dicho de una manera sintética, podría prosperar siempre que no se hubiera consolidado la adquisición de la propiedad por usucapión.

Dies a quo para ejercitar la acción de reclamación del legado.—Hasta que no se tenga conocimiento de que se es legatario no nace la acción. Por ello, la actora no puede pedir que se declare la prescripción de la acción de entrega del legado, pues está implícito en la posibilidad de ejercicio de la

acción que el legatario pudiera saber que se le había favorecido con un legado. (**STS 718/2023, de 12 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El procedimiento se inicia con una demanda interpuesta contra tres legatarios para que se declare que su acción para exigir la entrega del inmueble legado ha prescrito, que el legado se ha refundido en la herencia y que es propiedad de la heredera.

El juzgado desestimó la demanda (salvo respecto de una legataria que se allanó), por entender que el plazo de prescripción solo puede correr desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse y que en este caso los demandados no fueron informados de sus derechos y tuvieron conocimiento del legado a su favor cuando fueron demandado. La audiencia estimó el recurso de la actora y declaró prescrita la acción de petición y entrega del legado, y declaró que el legado debía pasar a integrar la masa hereditaria que correspondía a la actora. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por uno de los dos legatarios al considerar que la actora no puede pedir la prescripción de la acción de entrega del legado, al estar implícito en la posibilidad de ejercicio de la acción que el legatario pudiera saber que se le había favorecido como tal. (*I. D - L. S.*)

26. Sucesión testamentaria. Donaciones al cónyuge viudo: computación, imputación y colación.—La computación es una operación mental para calcular las legítimas que consiste en sumar al valor líquido de los bienes relictos todas las donaciones o liberalidades realizadas en vida por el causante, tanto a extraños como a legitimarios (art. 818 CC).

La computación permite fijar la base de cálculo de la legítima global del grupo de legitimarios de que se trate y la parte disponible.

Realizado este cálculo, con la finalidad de defensa de los derechos de los distintos legitimarios, y con el fin de comprobar si han recibido o van a poder recibir lo que les corresponda o si es preciso realizar ajustes o reducciones en caso de que haya lesión de la legítima, procede realizar las operaciones de imputación.

La imputación consiste en cargar o colocar las distintas atribuciones por cualquier título (donaciones, legados e institución de heredero) en la porción o porciones correspondientes en el sistema de legítimas (legítima, mejora o parte libre) y en la cuenta de cada beneficiario, en función en cada caso de la clase de beneficiarios que concurren (hijos, extraños, cónyuge viudo), conforme a los artículos 819, 820, 825, 828, en relación con los artículos 636, 654 y 656 CC, entre otros.

La colación, en cambio, es una operación particional (*en la cuenta de partición*, dice el art. 1035 CC), que tiene la consecuencia de que el legitimario que fue donatario tomará en el momento de la partición de menos todo lo que ya había recibido antes por donación. Salvo previsión en contrario del causante (art. 1036 CC), hay que interpretar que la donación hecha al legitimario es un pago a cuenta. Subyace la presuposición por el legislador de que el causante, si no dice lo contrario, querría que lo donado a un legitimario sea un adelanto de lo que le pueda corresponder en su herencia cuando muera.

La colación se inserta en las operaciones particionales, a diferencia de la computación e imputación, y no afecta al no legitimario.—Por ello,

la colación requiere la existencia de una comunidad hereditaria, en la que sean partícipes a título de heredero los legitimarios (*heredero forzoso*, art. 1035 CC). De modo que la colación no afecta al no legitimario, aunque sea instituido heredero. Otra cosa es que las donaciones que haya podido recibir el no legitimario sí se tengan en cuenta a efectos de la computación para el cálculo de la legítima (art. 818 CC), y si las donaciones son inoficiosas y no respetan la legítima podrán reducirse a instancias de los legitimarios perjudicados.

Se excluye de la colación a los legitimarios que, aun siendo llamados como herederos, lo sean sólo a su legítima estricta.—Al presuponerse que no quería el testador que recibieran nada más, con independencia de que lo que reciban no sea de la misma naturaleza y calidad.

La colación tiene lugar entre legitimarios de la misma clase.—Así, la colación afecta a legitimarios que han sido instituidos coherederos y son legitimarios del mismo grupo, pero no afecta a los legitimarios de un grupo distinto de los que ha configurado la ley, y que no se confunden entre ellos (colacionan los descendientes entre sí, los ascendientes entre sí, cuando sean legitimarios e instituidos herederos).

Modo de llevarse a cabo la colación.—En primer lugar, debe agregarse contablemente al valor de los bienes que corresponden a los legitimarios del mismo grupo que concurren como partícipes en la comunidad hereditaria el valor de las atribuciones gratuitas colacionables recibidas en vida por todos ellos (art. 1045 CC).

En segundo lugar, realizada esa operación contable, el donatario tomará de menos en la masa tanto como ya haya recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente en cuanto sea posible en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad. Es decir, se entiende que el donatario ya ha recibido a cuenta lo que recibió en su día por donación.

El legatario de parte alícuota, aun cuando sea llamado a una cuota, en cuanto no es heredero no se ve afectado por la colación.—Si bien existen argumentos en contra de este criterio en atención a la escasa fiabilidad de la terminología del Código en esta materia y a la relevancia de que lo que se reciba sea una cuota.

El cónyuge viudo está excluido de la obligación de colacionar porque su legítima es en usufructo.—Se discute si el viudo debe colacionar las donaciones recibidas. El Código civil no se ocupa expresamente de esta cuestión y, aunque hay opiniones minoritarias discrepantes, la doctrina tradicional, que hoy continúa siendo mayoritaria, y que el Tribunal Supremo considera preferible mantener, niega que el viudo se vea afectado por la colación.

Fundamentalmente porque, aunque el artículo 807.3 CC lo califique como *heredero forzoso*, en cuanto legitimario es usufructuario, por lo que aun en el caso de que se le hubiera instituido heredero o legatario de parte alícuota (de seguir la tesis amplia que incluye al legatario de cuota como sujeto de la colación) tal condición de legitimario usufructuario no cambia, y no debería colacionar igual que no colacionan los extraños instituidos herederos. Además, el cónyuge viudo forma por sí solo un grupo de legitimarios y, como hemos dicho, la opinión mayoritaria es que la colación afecta a los legitimarios del mismo grupo que son instituidos herederos (en el mismo sentido, STS 955/2000, de 25 de octubre).

Aunque las donaciones al cónyuge viudo no deben colacionarse en el sentido de los artículos 1035 ss. CC, sí serán computable a efectos del cálculo de la legítima (art. 818 CC) para apreciar si son o no inoficiosas.

(STS 807/2023, de 24 de mayo; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 10 de mayo de 2015, Juan falleció bajo testamento en el que deja a sus tres hijos (Regina, Sabino y Silvia) aquello que por legítima estricta les corresponde por terceras partes iguales, lega a su cónyuge (Herminia) el pleno dominio del tercio de libre disposición de su herencia, sin perjuicio de su cuota vitalicia usufructuaria, e instituye heredera en el resto de sus bienes a su hija Silvia.

Regina y Sabino solicitaron la división de herencia de su padre. Dirigieron su demanda contra la viuda del causante y contra su hermana. Por auto se designó administradora a la viuda, con obligación de prestar fianza y rendición de cuentas trimestral de su gestión. Los actores solicitaron la inclusión en el activo el importe de un préstamo que el causante había hecho a la viuda, y ésta se opuso alegando la *condonación por donación* de la deuda. Silvia mostró su conformidad con la no inclusión del crédito condonado mientras que Regina y Sabino señalaron que no se habían justificado las cantidades devueltas por la esposa y en cuanto a lo condonado entendían que podía estar sujeto a colación hereditaria.

El juzgado y la audiencia resolvieron que la viuda debía colacionar el importe del préstamo que el cónyuge fallecido le había concedido y luego le condonó. El Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por Herminia, al considerar que el cónyuge viudo no debe verse afectado por la colación.

NOTA.—El cónyuge viudo en el régimen vigente puede recibir donaciones de su consorte (art. 1323 CC), y como legitimario puede concurrir tanto con descendientes como con ascendientes (arts. 834 y 837 CC). Muchos autores lo consideran excluido de la obligación de colacionar porque su legítima es en usufructo. Tal argumento, como señalan Domínguez Luelmo y Álvarez Álvarez, no es convincente, ya que no tendrá obligación de colacionar si concurre como usufructuario, porque se le reconoce sin más su derecho a la legítima o porque se abre la sucesión intestada, pero sí cuando testamentariamente sea instituido heredero de cuota junto con otros legitimarios. Si el testador instituye por partes iguales a sus dos hijos y al cónyuge, no hay razones legales para considerar que sólo deben colacionar los dos hijos y no el cónyuge, instituido conjuntamente con éstos. (Véase Domínguez Luelmo, A., y Álvarez Álvarez, H., *Manual de Derecho Civil*, dirigido por Eugenio Llamas Pombo, volumen VI, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2024, p. 235). (*I. D.-L. S.*)

27. Requisitos de la commutación. Naturaleza del derecho del resto de herederos.—El ejercicio de la facultad de commutar y su comunicación al resto de herederos no permite tener por realizada la commutación, puesto que es necesaria la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes o, en su defecto, la aprobación por Secretario Judicial o Notario. En ausencia de estos requisitos no se produce la commutación y, por tanto, el derecho de los herederos sigue teniendo carácter sucesorio, no crediticio.

Comutación. Valoración de los bienes de la herencia.—La mera comunicación del ejercicio de la facultad de comutar no implica que se haya practicado la liquidación, si esta no ha sido aprobada por los herederos o, en su defecto, por la autoridad judicial (conforme al artículo 843 CC, en la redacción anterior a la reforma de 2015). (**STS 1019/2023, de 26 de junio;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Carlos Ramón, fallecido en 1985, había instituido en su testamento como herederos universales a sus seis hijos, ordenando que se adjudicaran a dos de ellos, Palmira y Borja, las cuotas indivisas que correspondían al testador en una vivienda en Valladolid, con pago en metálico de su porción a los demás herederos. Palmira y Borja, haciendo uso de la facultad conferida, iniciaron en 1987 un expediente de consignación judicial de las cantidades que ofrecían a sus hermanos como pago. Sin embargo, esta consignación no fue aceptada, por falta de acuerdo del resto de los herederos. En este contexto, Soledad, nieta de Carlos Ramón, presenta escrito en enero de 2012 en el que solicita que se proceda judicialmente a la división de la herencia de su abuelo. Unos meses después, tuvo lugar la junta de herederos, en la que se acordó nombrar a un contador/partidor que elaboró un cuaderno particional fechado a 15 de enero de 2016. Rogelio y Purificación (hijos de Borja, instituido heredero por su hermana Palmira) se opusieron a las operaciones divisorias, argumentando que todos los interesados en la herencia habían admitido que su derecho hereditario se había transformado en un derecho de crédito por efecto de la comutación ordenada en testamento.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la impugnación y confirma las operaciones divisorias que se contienen en el cuaderno particional, salvo en lo que se refiere a los «gastos por cargas del edificio». Rogelio y Purificación interponen recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valladolid, que confirma la sentencia de instancia. Finalmente, Rogelio y Purificación interponen recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por infracción de los artículos 841 y 847 CC. El Tribunal Supremo desestima ambos recursos. (*M. S. G.*)

28. Efectos de la preterición testamentaria sobre la partición ya realizada.—En los casos de preterición no intencional, el criterio principal para conservar o no la partición llevada a cabo por quienes sí fueron instituidos herederos es la buena fe. Así, en los casos en los que esta se aprecie, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 1080 CC, los herederos que realizaron la partición tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda. En caso de apreciar mala fe, se declarará la nulidad de la institución de heredero, la apertura de la sucesión y la nulidad de la partición (STS 325/2010, de 31 de mayo).

Derecho del heredero preterido a recibir su parte en metálico.—El Tribunal Supremo defiende que es preferible que el pago al heredero preterido por su parte proporcional se realice en metálico. Esta deberá ser actualizada conforme al IPC desde el momento de presentación de la demanda. Exigir

el reintegro de los bienes de la herencia para satisfacer su parte al preterido equivale a realizar una nueva partición, lo que va en contra del criterio que resulta del artículo 1080 CC. (**STS 943/2023, de 13 de junio;** ha lugar.) [PONENTE EXCMO. SRA. DÑA. MARÍA DE LOS Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En julio de 1989, Edemiro y su esposa fallecen simultáneamente en un accidente de tráfico. Edemiro había otorgado testamento dos años antes instituyendo herederos a partes iguales a sus hijos Andrés y Carlota, que en 1990 otorgan escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de su padre. En diciembre de 2014, se dicta resolución en la que se determina legalmente la filiación paterna no matrimonial de Armando, hijo biológico de Edemiro. El 17 de mayo de 2016, Armando interpone demanda por la que solicita que se declare su preterición en el testamento de su padre, se anule la institución de herederos y se reconozca su derecho a percibir la cuota que le corresponde con cargo a los vienes que integran el caudal hereditario.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declara que Armando fue preterido de forma no intencional, que tiene derecho a percibir un tercio del caudal hereditario y declara anulada la institución de herederos. Además, condena a los demandados, Andrés y Carlota a restituir los bienes que componen el caudal relicito, así como los frutos que hayan podido producir.

Esta resolución fue recurrida en apelación por los demandados ante la Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia de primera instancia. Finalmente, Andrés y Carlota interponen recurso por infracción procesal y recurso de casación por vulneración del artículo 1080 CC. El Tribunal Supremo estima ambos recursos. (*M. S. G.*)

DERECHO MERCANTIL

29. Usucapión de las acciones de una Sociedad Anónima: cuestión dudosa.—La cuestión de la susceptibilidad de usucapión de las acciones de una sociedad anónima ha generado controversia. La jurisprudencia ha mantenido diversos criterios, si bien alguna sentencia declaró que la titularidad de las acciones había sido adquirida por usucapión, en otras se consideró que no se había producido tal usucapión. En la doctrina, un sector ha cuestionado la posibilidad de usucapión de las acciones o, al menos, su reconocimiento con carácter general. En unos casos, el rechazo ha sido total por considerar que los derechos incorporados a la acción son derechos corporativos o de participación, que carecen del carácter de derecho real, por lo que no son susceptibles de usucapión. De manera más matizada, otros autores consideran que sí pueden adquirirse por usucapión las acciones representadas mediante títulos nominativos emitidos y endosados o bien cuando estén representadas mediante títulos valores al portador. Para este sector de la doctrina, la usucapión solo podría justificarse en supuestos de circulación cartular de las acciones, con el fin de integrar el régimen sobre adquisición *a non domino* de los títulos-valores (arts. 545 CCO y 19.II Ley Cambiaria y del Cheque, a los que remite

el art. 120.2.II Ley de Sociedades de Capital), y en aras de la seguridad del tráfico (por ejemplo, para proteger al adquirente frente a vicios en el negocio de transmisión celebrado con el transmitente o para proyectarla sobre quien adquiere sucesivamente del presunto usucapiente, aunque la cadena regular de endoso se haya visto interrumpida). Pero en todo caso siempre y cuando la adquisición que pretenda tutelarse venga acompañada de la entrega y en su caso endoso del título, y se haya verificado a título oneroso y de buena fe.

Ausencia de posesión pública pacífica.-No concurre el requisito de posesión pública porque el ejercicio de los derechos de socio, en concreto el derecho a participar en las juntas de socios en calidad de titulares de las acciones, no puede considerarse público, pues las juntas de socios celebradas en ese periodo no se convocaron, dándoles la publicidad prevista en las normas societarias, bajo el subterfugio de celebrarlas como juntas universales a las que solo asistieron los demandantes y su difunto hermano, pese a que existía una disputa sobre la titularidad de esas acciones que se estaba dilucidando en la elaboración del cuaderno particional en ejecución de sentencia. Y en la única ocasión en la que, en ese periodo se convocó la junta general de socios con la publicidad prevista en las normas societarias, unos socios en conflicto al tener conocimiento de la convocatoria se personaron para asistir a dicha junta en calidad de socios, sin que les fuera permitida la asistencia a la junta, con lo que cuestionaron el ejercicio por los demandantes de los derechos inherentes a las acciones. No ha existido una posesión pacífica, no solo por lo expresado respecto de la junta a la que pretendieron asistir los socios en cuestión, sino también porque el periodo al que los recurrentes refieren su pretendida posesión de las acciones fue justamente aquel en el que se estaba elaborando el cuaderno particional, en ejecución de la sentencia, en cuya ejecución existía una disputa entre los litigantes sobre si procedía la inclusión de esas acciones en la hijuela de los demandantes, lo que estos no consiguieron finalmente. En suma, no puede considerarse adquisición por usucapión de las acciones cuando no concurren los requisitos para la posible usucapión de acción cuando existe controversia sobre la titularidad de estas acciones en el proceso de ejecución judicial sobre el contrato particional, celebración de juntas de socios con la sola asistencia de los demandantes, etc., pues no ha existido una posesión a título de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, de dichas acciones. (**STS 774/2023, de 19 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.-La representación procesal de Va. y Vi. interpuso demanda contra: E.; P. G., S.A.; G., S.A.; A., S.A. y los herederos de P. E.: R., Rq., J. F., P. y A. solicitando se declarase la nulidad radical de la transmisión de acciones propias de A., S.A. celebrada entre la propia A., S.A. y V.; la transmisión de acciones propias de A., S.A., celebrada entre A., S.A. y P. G., S.A.; la transmisión de acciones de A. SA, celebrada entre V. y G., S.A., por tratarse todas ellas de operaciones absolutamente simuladas y, en consecuencia, por carecer de causa, subsidiariamente se declare la nulidad radical de las mismas, por estimar que son relativamente simuladas, siendo las causas de los contratos disimulados ilícitas. Igualmente se declare que como consecuencia de la suscripción por contrato particional son propiedad de Va., Ví. y de los herederos de P. E., por tercera partes, todas las acciones de la sociedad A. SA, incluso las que dicen atribuirse P. G, S.A. y G., S.A.; y eventualmente,

para el caso de que no se estimare la pretensión anterior, declare la propiedad de Va., Ví. y de los herederos de P. E. sobre las acciones litigiosas, por haberse consumado en su beneficio la prescripción adquisitiva de dichas acciones. Por su parte, la representación procesal de P. G., S.A. y G., S. A. formuló demanda reconvencional, oponiéndose a la demanda y solicitando que se dicte sentencia estimando la demanda reconvencional que declare que sus representados son dueños de las acciones objeto de este litigio. El Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Madrid, estimó la demanda interpuesta y declaró la nulidad radical de las operaciones objeto de esta *litis* por tratarse todas ellas de operaciones absolutamente simuladas y, en consecuencia, por carecer de causa, condenando a los demandados a restituir la situación inmediatamente anterior a la celebración de las operaciones impugnadas y en consecuencia también declarar como consecuencia de la suscripción del contrato participicial que son propiedad de Va., Ví. y de los herederos de P. E. por terceras partes, todas las acciones de la sociedad A. SA, incluso las que dicen atribuirse P.G., S.A. y G., S.A., con imposición de las costas a los demandados, al tiempo desestimó la demanda reconvencional interpuesta en nombre y representación de P. G., S.A. y G., S.A. Recurrida en apelación por la representación de BB, S.A. y por la representación de E., P.G. S.A. y G. S.A., la Sección Vigesimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia estimando los recursos de apelación formulados por los recurrentes y revocando la sentencia recurrida dejando sin efecto lo en ella acordado, desestimando la demanda formulada, condenando a los actores al pago de las costas procesales devengadas en primera instancia con causa en la demanda por ellos formulada, y estimando la demanda reconvencional declarando que la entidad G. S.A. es titular del número de acciones pretendidas de A., S.A. al haber adquirido las mismas a su anterior titular, la mercantil V., y la entidad P. G. S.A es, igualmente, titular del número de acciones por ella reclamadas de la misma entidad al haberle sido transmitidas las mismas por BB. A. S.A anterior titular de aquéllas, siendo de cuenta de los demandados reconvenidos el pago de las costas procesales devengadas en primera instancia; sin expresa mención de condena a las costas de la alzada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

30. Concurso de acreedores culpable. Situación patrimonial ficticia.—El Tribunal Supremo tras examinar el tenor del artículo 164.2 LC (actual art. 443 TRLC) y hacer referencia a jurisprudencia relevante en la materia (SSTS 669/2012, de 14 de noviembre, y 74/2017, de 24 de octubre) considera que la ampliación de capital social, mediante la cual pasaba de 339.565 euros a 1.000.665 euros, consistente en un inmueble tasado en 1.723.808,16 euros (a fecha 25 de mayo de 2015), que estaba hipotecado en garantía de dos préstamos que habían sido concedidos por BBVA a Aceitunera del Guadiana, S.L., por importes de 1.530.000 euros y 1.730.000 euros, es ficticia pues supone una apariencia de capitalización que no responde a la realidad. Además, se declara la existencia de irregularidades contables. Ello justifica la calificación culpable del concurso.

Responsabilidad a la cobertura del déficit concursal.—El Alto Tribunal considera que ni la sentencia de primera instancia, ni la Audiencia justifican en qué medida la petición de cobertura de déficit acordada guarda relación con las dos conductas en que fundaban la calificación culpable: la simulación de una situación patrimonial ficticia y las irregularidades contables. Concluye, tras aludir a la STS 279/2019, de 22 de mayo que en el caso que nos ocupa, «ni existe una justificación de por qué la irregularidad contable que aflora con los ajustes contables realizados el 31 de diciembre de 2014 ha podido contribuir a agravar la insolvencia, y en concreto en la diferencia del déficit patrimonial que existía en esa fecha (31 de diciembre de 2014) y la solicitud de concurso, unos meses después, ni tampoco resulta evidente por sí misma». Tampoco existe razonamiento o argumentación alguna que explique en qué medida contribuyó a dicha agravación, para justificar la condena a la cobertura parcial del déficit, en lo que se refiere a la simulación de una situación patrimonial ficticia, que hubiera podido haber incidido en la agravación de la insolvencia. (**STS 1007/2023, de 21 de junio;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La administración concursal de la entidad «Aceitunera del Guadiana» S.L., presentó informe de calificación de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz, para que se dictase resolución por la que se declare: culpable el concurso de «Aceitunera del Guadiana», S.L. [Por los siguientes motivos: la simulación de una situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6.^º LC), existir irregularidades en la contabilidad (art. 164.2.1.^º LC), alzamiento de bienes (art. 164.2.4.^º LC) y retraso en la solicitud de concurso (art. 165. 1.^º LC)] persona afectada por la calificación a Gonzalo y cómplice a la entidad «Explotaciones Olivareras», S.Coop. El Ministerio Fiscal se une a esta petición.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la propuesta e impone a Gonzalo, la inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier otra persona por tiempo de 5 años, condenándole a la pérdida de derechos que como acreedor concursal o de la masa ostentase y a devolver los bienes indebidamente recibidos de la masa y a indemnizar por la diferencia de los créditos existentes a la fecha de solicitud de concurso y los existentes a 31 de diciembre de 2014, todos los cuales se determinarán en ejecución de sentencia, una vez sea ésta firme. También condena a «Explotaciones Olivareras», S. Coop., a devolver aquellos bienes que hubiera obtenido o recibido indebidamente del patrimonio social de la concursada, todos los cuales se determinarán en ejecución de sentencia, una vez sea ésta firme.

La sentencia dictada fue recurrida en apelación por la representación de Gonzalo y de las entidades Explotaciones Olivareras S. Coop. y Aceitunera del Guadiana S.L. La Audiencia Provincial de Badajoz desestima el recurso.

Nuevamente, Gonzalo, Explotaciones Olivareras S. Coop. y Aceitunera del Guadiana, S.L. interponen recurso de casación, que es estimado parcialmente por el Alto tribunal en lo que atañe a la condena a la cobertura del déficit concursal. (*M. Z. Z.*)

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:

<i>AC</i>	<i>Actualidad Civil</i>
<i>ADCon</i>	<i>Anuario de Derecho Concursal</i>
<i>AFDUAM</i>	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM</i>
<i>AAMN</i>	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
<i>CCJC</i>	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
<i>CDC</i>	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
<i>InDret</i>	www.indret.com
<i>PDD</i>	<i>Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros</i>
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
<i>RDA</i>	<i>Revista Aranzadi de Derecho Ambiental</i>
<i>RDBB</i>	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
<i>RDNT</i>	<i>Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías</i>
<i>RdPat</i>	<i>Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial</i>
<i>RDC</i>	<i>Revista de Derecho Civil</i>
<i>RDCP</i>	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i>
<i>RDCD</i>	<i>Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución</i>
<i>RDCE</i>	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
<i>RDS</i>	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
<i>RDU</i>	<i>Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente</i>
<i>REDE</i>	<i>Revista Española de Derecho Europeo</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
<i>RJNot</i>	<i>Revista Jurídica del Notariado</i>
<i>RJUAM</i>	<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:

El Consejo de redacción puede rechazar el inicio del proceso de evaluación de trabajos que no sean acordes a la línea editorial de la revista o que presenten un tratamiento manifiestamente insuficiente del tema que analizan.

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

- Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.
- Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.
- Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXXVII, 2024

FASCÍCULO I enero-marzo

Pág.

Estudios monográficos

Vincenzo BARBA: «Legados otorgados a legitimarios. Función, imputación y asunción de la carga en el Derecho español e italiano»	7
Carmine LAZZARO: «La recuperación de las cuotas por concepto de alimentos –correspondientes al padre y anteriores al establecimiento de la filiación– pagadas por la madre. Dos experiencias en comparación»	95
Cristina VILLÓ TRAVÉ: «Visión crítica de la compensación por trabajo doméstico en el Derecho civil español»	133

Estudios legislativos

Jordi RIBOT IGUALADA: «El reconocimiento jurídico de la diversidad de modelos familiares»	217
---	-----

Bibliografía

LIBROS

A cargo de Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ	
FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: «Derecho contractual y mercado interior europeo», por José M. ^a López Fernández	251
GONZALEZ PACANOWSKA, Isabel/PLANA ARNALDOS, M. ^a Carmen (Dir.): «Contratación en el entorno digital», por Sergio Cámará Lapuente	258
KASER, Max/KNÜTEL, Rolf/LOHSSE, Sebastián (traducción de Francisco Andrés Santos y Patricio Laso): «Derecho privado romano», por Bruno Rodríguez-Rosado	271
VARGAS BRAND, Isué: «Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)», por M. ^a Paz García Rubio	272

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ, Davinia CADENAS OSUNA	279
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo**SENTENCIAS COMENTADAS**

Nieves MORALEJO IMBERNÓN: «Los contornos del límite de cita como excepción al derecho exclusivo de reproducción del autor de una obra protegida por la propiedad intelectual» (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 724/2023, de 16 de mayo)	311
Paloma DE BARRÓN ARNICHES: «La evolución de la jurisprudencia en materia de desheredación por maltrato psicológico al causante: una vuelta de tuerca para ganar en seguridad jurídica (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023)»	353
Alejandro ARAQUE GARCÍA: «Cuatro sentencias del Tribunal Supremo sobre la resolución por frustración del fin del contrato: entre la causa y el <i>aliud pro alio</i> »	381
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTIZ, 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, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO	409

**FASCÍCULO II
abril-junio***In memoriam*

Ricardo de Ángel Yáñez (1942-2024).....	457
---	-----

Estudios monográficos

Javier TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA: « <i>¿Culpa lata dolо aequi-paratur</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, Vicenzo: «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 AGÜERO ORTIZ, Cristina ARGELICH COMELLES, Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN, Sebastián LÓPEZ MAZA, José María MARTÍN FABA, Nicolás MONTES SERRANO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Paula ROBERT CABRERA, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Francisco SANTANA NAVARRO, María ZABALLOS ZURILLA.....	973
---	-----

FASCÍCULO III julio-septiembre

Estudios monográficos

M. ^a Luisa ARCOS VIEIRA: «Las claves de la reforma del Derecho civil navarro en materia de prescripción extintiva y caducidad»	1021
María Reyes CORRIPIO GIL DELGADO: «La permanencia del viudo en la vivienda habitual tras el fallecimiento del cónyuge propietario»,	1119
José María CARDÓS ELENA: «La eficacia traslativa de la donación en el Código Civil a la luz de los antecedentes históricos y legislativos»	1181
Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN: «Todos hablan, pero pocos saben. Los alimentos y su distribución a debate»	1285

Bibliografía

LIBROS

A cargo de Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ ANDRADES NAVARRO, Agustín: «Usucapión y Registro de la Propiedad», por Bruno Rodríguez-Rosado	1333
GÓMEZ BLANES, Pablo: «El gestor fiduciario – Ensayo para la formación de un arquetipo jurídico», por José Antonio Doral García	1336
VIVES VELO DE ANTELO, M. ^a Patricia: «Razones para mantener la legítima y propuesta de regulación», por M. ^a Paz García Rubio	1340

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ, Davinia CADENAS OSUNA	1351
---	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

COMENTARIOS DE SENTENCIA

José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE: «Honor y prestigio profesional: legitimad del informe leído en un Consejo de Departamento en el que se denunciaba la falta de profesionalidad del docente universitario, cuya promoción se votaba. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (civil) 1572/2003, de 13 de noviembre»	1397
Paloma GONZÁLEZ BELUCHE: «¿El Tribunal de Justicia de la Unión Europea castiga al pasajero diligente y –también– al derrotista? Comentarios a las Sentencias del TJUE de 25 de enero de 2024, en los asuntos C-474/22 <i>Laudamotion c. Flight</i> y C-54/23 <i>W.Y. c. Laudamotion y Ryanair</i> »	1417

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Cristina ARGELICH COMELLES, Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, José María MARTÍN FABA, Nicolás MONTES SERRANO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO, María ZABALLOS ZURILLA.....	1465
--	------

FASCÍCULO IV
octubre-diciembre**Estudios monográficos**

Vincenzo BARBA: «La protección de los herederos forzados. La acción de reducción»	1523
Reyes SÁNCHEZ LERÍA: «Derechos de terceros sobre la cosa vendida o contenido digital suministrado: el tratamiento de la falta de conformidad jurídica en la legislación protectora de consumidores»	1569
Pedro DEL OLMO GARCÍA: «Responsabilidad contractual y extracontractual: la situación doctrinal en España»	1629
Brian BUCHHALTER MONTERO: «El Derecho extranjero en el laberinto procesal civil: medios de fijación y posibilidades si estos fracasan (interés público o privado del litigio como criterio de decisión)»	1677

Estudios de Derecho extranjero

DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo/VIDAL OLIVARES, Álvaro: «Pandemia, caso fortuito y arrendamiento de locales comerciales»	1715
--	------

Vida Jurídica

María Jesús SANDE MAYO: «Hacia un nuevo modelo de acciones colectivas: análisis de las propuestas incorporadas en el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia del servicio público de justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios»	1757
Vincenzo BARBA: «Diferenciación y discriminación: dos caras de la autonomía privada»	1785

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Por Julia AMMERMAN YEBRA	1797
--------------------------------	------

Bibliografía**LIBROS**

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

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Realidad (social) y norma (jurídica): La interpretación sociológica o evolutiva en Derecho privado», por Miguel Ángel Pérez Álvarez	1839
DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés/TORIBIOS FUENTES, Fernando: «La prescripción extintiva en el Derecho de obligaciones», por Bruno Rodríguez-Rosado	1841
ZIMMERMANN, Reinhard: «Protección imperativa de la familia en el Derecho sucesorio», por Sergio Cámará Lapuente	1845
ZUMAQUERO GIL, Laura: «Efectos de la compensación de deudas», por Esteve Bosch Capdevila	1856
REVISTAS EXTRANJERAS	
A cargo de Ricardo PAZOS CASTRO; colaboran: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Carlos CASTELLS SOMOZA, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO	1863
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
Por Rosa M. Méndez Tomás (Año 2023)	1897
Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública	
RESOLUCIÓN COMENTADA	
Antoni VAQUER ALOY: «La desheredación de los legitimarios menores de edad (a propósito de la RDGSJFP de 15 de enero de 2024)»	1925
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS COMENTADAS	
Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: «Prohibición de pisos turísticos en comunidades de vecinos, antes del artículo 17.12 LPH, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo»	1955
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, José María MARTÍN FABA, Nicolás MONTÉS SERRANO, Nicolás MONTES SERRANO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO, María ZABALLOS ZURITA	1989

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 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.